ANALES DE LA UNIVERSIDAD

AÑO IX | Montevideo—1901 | TOMO XI

Estudio sobre lo contencioso administrativo

POR EL DOCTOR LUIS VARELA

(Conclusión)

CAPÍTULO SÉPTIMO

De la naturaleza y objeto de los recursos contencioso administrativos motivados por perjuicio de intereses

Hasta ahora hemos tratado de las garantías contra los actos de la Administración, que siendo de poder reglado lesionan los derechos de los particulares, y, en ciertos casos, los de órganos ó personas administrativas dotados de facultades propias. Pero ya dijimos en el Capítulo Segundo, que la Administración puede también obrar en virtud de poder discrecional, en cuyo caso puede igualmente dañar, si no los derechos, los intereses de los asociados; y debemos agregar ahora, como asimismo los intereses colectivos de la comunidad.

Vamos, pues, á ver cómo pueden ser garantidos esos intereses contra los actos administrativos que injustamente los lesionan y cuáles son los medios más apropiados para conseguirlo.

SECCIÓN PRIMERA

SUMARIO: — Diversos medios adoptados para la defensa de los intereses colectivos contra los actos administrativos que injustamente los lesionan. — El control legislativo. Su importancia y objeto según sea el régimen presidencial ó parlamentario. — El control judicial — La *acción popular* — Su razón de ser en las organizaciones antiguas. Observaciones de Francone—Su incompatibilidad con las organizaciones modernas — Observaciones de Caducci Pisanelli.—Carencia de precedentes de la acción popular en la forma *correctiva*.—El ejemplo de la legislación inglesa, citado por Dareste.— La acción popular sustitutiva — Ejemplos de las legislaciones belga, francesa é italiana, citados por Meucci—Su verdadera significación.— Diferencias que presentan con el derecho romano. —Casos excepcionales en que la acción popular puede ser establecida

según los principios del derecho moderno — Su objeto en las organizaciones centralistas y en las autónomas—Solución dada al problema por la Convención Municipal del 99, y aconsejada por la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados —Artículo 58 del proyecto—Objeto de la intervención que se pretende dar al Poder central en los asuntos locales.—El sistema de *la tutela administrativa*.—Motivos de su aplicación al régimen autonomista—Observación de Persico— Diferentes objetos de la tutela — Tutela legal y tutela económica — Indicaciones de Persico y de Aucoc sobre la necesidad de cada una de ellas —Su valor—Carácter esencial del sistema de que se trata—Observación de Ducrocq.—¿La intervención dada al Poder central por el artículo 58 responde al régimen de la tutela administrativa? Examen de la cuestión según las facultades dadas á aquel Poder—Intervención de orden legal—Su alcance excesivo.—Legislación comparada — Intervención de orden económico.—Crítica.—Examen de los medios establecidos para la intervención del Poder Central.—Recursos contra la intervención indebida del Poder Ejecutivo.—Acierto del Proyecto en cuanto establece la apelación judicial en el caso de intervención legal.— Crítica de la intervención dada á la Asamblea General en los casos de control económico.—Posible aceptación de ese sistema en los países de régimen parlamentario.— Su improcedencia en donde la Administración es independiente del Poder Ejecutivo.— Única forma en que ese Poder podría resolver el reclamo, la ley.— Inconvenientes que de ahí resultan para la buena gestión de los intereses locales.— Improcedencia de la intervención legislativa—Es contraria á la división de los Poderes —A las funciones discrecionales de la Administración— Perjudica el buen funcionamiento del Cuerpo Legislativo — Es extraña á los fines legítimos de la ley.

Empezando por la defensa de los intereses colectivos, recordaremos que los medios indicados ó adoptados para conseguirla son tres: el control legislativo, el control judicial y el administrativo.

En los países de régimen presidencial, ó sea en los que la Administración es independiente del Poder Legislativo, el control de ese orden sólo se ejerce mediante las disposiciones que el legislador dicta á fin de limitar ó enderezar la acción administrativa y corregir así los males ó los abusos observados. En el régimen parlamentario, las interpelaciones y las censuras dan al Poder Legislativo una intervención mucho más permanente, directa y minuciosa sobre los actos de la Administración, llevándolo á ejercer sobre ésta una verdadera absorción de sus funciones propias, y convirtiendo tanto á aquélla como á los ministros que la representan, de guías que debieran ser, como dice Goodnou, en verdaderos servidores del mencionado Poder.

El control judicial, dada la naturaleza inerte de ese Poder, sólo se verifica por excitación de parte, la que en el caso se produce por medio de la llamada *acción popular*. Esa acción puede tener dos formas; puede ser *sustitutiva* ó *correctiva* de la Administración, según tenga por objeto ejercitar derechos de aquélla, ó reclamar contra ella la reforma de determinados actos que perjudican al derecho ó al interés de la comunidad.

Esa acción era muy propia de las antiguas organizaciones político-sociales en que, como dice Francone, por un lado la *deficiente policía* imponía la necesidad de conceder á todo ciudadano el derecho de perseguir á los autores de toda acción injusta ó lesiva de los intereses públicos, y en que, por otro, la personalidad humana era completamente desconocida, no teniendo el individuo más derechos ni garantías que como miembro del Estado; de donde resultaba la intervención que éste tenía en el dominio del derecho privado, y que el individuo, por medio de las diversas formas de la acción popular, se constituía en verdadero órgano de funciones públicas. Pero una acción semejante, explicable entonces por las circunstancias que acabamos de indicar, es, por regla general, completamente incompatible con la organización política moderna que reconoce al individuo sus derechos propios independientes de la comunidad política á que pertenece, y que da á ésta sus órganos propios para su existencia y la defensa de sus intereses.

Por eso Codacci Pisanelli ha podido decir con toda razón en su interesante estudio sobre la materia, que la acción popular ya sea sustitutiva ó correctiva es una verdadera acción procuratoria, con la especialidad de que se ejerce sin y hasta contra la voluntad del mandante, lo cual, no sólo es contrario á la naturaleza de la misma acción, sino que lo es también á la personalidad jurídica de la comunidad que, como la propia persona física, debe ser dueña de ejercitar sus derechos cómo y cuándo lo considere conveniente. Esto, aparte de que en cuanto tiene por objeto obligar á la Administración, por medio de los jueces, á adoptar tales ó cua-

les providencias, efectuando tales actos omitidos por no considerarlos convenientes, ó revocando otros que ella conceptuase acertados, importa una manifiesta confusión de atribuciones administrativas y judiciales Y aún cuando no se apelase á la vía judicial sino á la propia vía administrativa en orden jerárquico, la acción correctiva produciría un verdadero caos permitiendo que toda providencia fuese reclamada por cualquier particular con sólo alegar que ella no conviene á los intereses públicos, por más que otra cosa entendiesen las autoridades directamente encargadas de velar por aquellos mismos intereses.

No es extraño, pues, que la acción correctiva que es la que correspondería á la materia de este capítulo, carezca de precedentes en el derecho positivo, pues por más que Dareste, el celebrado autor de la *Justicia Administrativa en Francia*, haya recordado que en Inglaterra el recurso ante la autoridad judicial "no es solamente una acción privada de daños y perjuicios, sino que tiene también por fin y por objeto llamar la atención de los magistrados sobre la ley que es violada é invitarlos á hacerla cumplir", es lo cierto que las mismas palabras del autor citado demuestran que no se trata de una verdadera acción popular, cuya característica es el absoluto desinterés personal del actor, sino de una acción que es, ante todo y sobre todo, esencialmente privada, y que si alguna extensión tiene al interés público es debida á la confusión de atribuciones administrativas y judiciales que, como ya sabemos, es una de las notas también peculiares de la organización política inglesa.

Y así como decimos que la acción popular correctiva carece de precedentes en el derecho positivo, podemos también decir que los ejemplos citados por algunos autores, Mecci entre ellos, para demostrar la compatibilidad de la acción popular en la forma sustitutiva que antes hemos mencionado, con las organizaciones políticas modernas, carecen en absoluto de semejante fuerza probatoria.

Es cierto que en Francia, por ejemplo, el artículo 123 de la ley de 5 de Abril de 1884 establece que todo contribu-

yente inscripto en el rol de la Comuna tiene el derecho de ejercer á su costa y riesgo, *con la autorización del Consejo de Prefectura,* las acciones que crea pertenecen á la Comuna ó sección, y que ésta haya rehusado ú omitido ejercer; la Comuna ó Sección será citada y la resolución que se dicte surtirá efecto respecto de ella. Y es cierto también que disposiciones análogas se encuentran en el artículo 114 de la ley comunal italiana de 10 de Febrero de 1889 y en el 150 de la ley belga de 30 de Marzo de 1876; pero no lo es menos que esas disposiciones exigen, como se ha visto, la autorización previa de la Administración cuyos derechos van á ejercitarse; requisito aquel que, si bien deja subsistente la acción procuratoria, le quita el verdadero carácter de la acción popular cuyo ejercicio contituye un derecho propio del ciudadano, el cual puede ejercerlo libremente siempre que lo considere conveniente. Tal era la acción en el antiguo Derecho romano.

La acción correctiva es, pues, inconciliable con el Estado moderno y sin precedente alguno en el derecho positivo de todas las épocas. Y en cuanto á la acción sustitutiva ó procuratoria en sentido estricto, sólo puede ser ella admisible como excepción, siendo del caso tener muy presente la observación de Pisanelli, cuando dice: "Y la excepción debe ser subordinada á determinadas condiciones. La acción de los otros órganos debe ser considerada insuficiente por muy graves motivos. El fin que se persiga, el derecho que se trate de defender debe ser determinado de un modo claro, preciso y taxativo. En términos más claros: puede admitirse que se recurra á la acción popular cuando tratándose de una función ya confiada á un órgano superior del Estado, existan fundadas sospechas de que dicho órgano pueda no ejercitarla, y las otras garantías ó controles establecidos para la tutela del derecho objetivo sean reconocidos insuficientes; y eso con tal que la materia jurídica á que la acción se refiera se halle regulada de una manera clara y precisa, y la acción popular no puede ser causa de confusión entre las funciones públicas que deben ser necesariamente distintas [1].

El control administrativo sólo puede ser ejercido por las autoridades superiores sobre las inferiores ligadas á las primeras por la organización jerárquica. Cuando ese vínculo no existe, como sucede en un régimen de completa descentralización, entonces el control jerárquico desaparece y la intervención que el Estado ejerce sobre las organizaciones inferiores autónomas es al solo efecto de la defensa de los intereses generales puestos bajo el cuidado del primero, como vamos á verlo en las consideraciones subsiguientes.

Es del caso que examinemos ahora cómo ha resuelto este punto el proyecto de ley de Juntas sancionado por la Convención Municipal del 99 y aconsejado por la Comisión de Legislación de la Cámara de Diputados.

La cuestión está tratada en el artículo 58 que dice así:

"Artículo 58. El Poder Ejecutivo de oficio ó por excitación del Juez Letrado, Fiscal, Jefe Político, Direcciones de Higiene ú Obras Públicas ó de otra autoridad, podrá suspender por un decreto público, el cumplimiento ó ejecución de las ordenanzas ó resoluciones de la Junta, siempre que haya en alguno de esos actos extralimitación de facultades, violación de ley ó de contrato ó perjuicio público de carácter grave.

"Si la Junta no se conformase con la suspensión ordenada, podrá manifestarlo así al Poder Ejecutivo y fundar su persistencia.

"El Poder Ejecutivo resolverá en el plazo de diez días, si, mantiene ó no la suspensión: en caso afirmativo remitirá el asunto para su resolución definitiva á los Tribunales de Apelaciones reunidos, si la medida tuvo por causa extralimitación de facultades ó violación de la ley ó de contrato; y á la Asamblea General, si aquélla se basa simplemente en perjuicio de intereses".

Confesamos que no nos damos cuenta exacta del verdadero alcance del artículo que acabamos de transcribir. Si su propósito fuese proteger los intereses meramente locales no concebiríamos nosotros cómo podría tener él cabida en un proyecto de autonomía municipal, ó más bien dicho cómo po-

dría hablarse de tal autonomía cuando se admite que los intereses locales necesitan de la intervención ó de la protección de las autoridades centrales en los términos en que el artículo la establece.

¿O es que el artículo se ha propuesto establecer lo que en nuestra ciencia se conoce con el nombre de *tutela administrativa,* denominación esta que á pesar de las impugnaciones de que ha sido objeto se conserva todavía para indicar la ingerencia que se supone debe tener el Poder central, aun en la acción de las autoridades locales descentralizadas ?

Es sabido en efecto que ese régimen si bien da á las localidades libertad para administrar sus negocios propios, no las sustrae por eso en absoluto á toda intervención del mencionado Poder, intervención que tiene por consiguiente dos formas, una amplia, que le da la dirección completa de los asuntos locales ya directamente ó por medio de sus subordinados sujetos en todo á la *acción jerárquica*—forma que es la propia del régimen centralista—y otra cuyo alcance más restringido y limitado precisaremos más adelante y que es ejercida no por *vía jerárquica* sino por *vía de tutela* sobre las autoridades locales autónomas é independientes en lo que á los asuntos de esa clase se refiere, de la jerarquía presidida por el Poder Ejecutivo—es la forma propia de las organizaciones descentralizadas.

La intervención del Estado en los negocios locales no puede ofrecer dificultad alguna en el régimen centralista puesto que es de la esencia misma de ese régimen. Pero no pasa lo mismo en el sistema autonomista, al cual aparecen como manifiestamente opuestas. ¿Cómo justificarla entonces?

Explicando Persico este punto dice que, "siendo el Estado custodio supremo del derecho y del bienestar nacional, tiene un vivo interés en que las Administraciones locales procedan bien y ordenadamente, no pudiendo en consecuencia negársele la potestad de inspección sobre los actos de dichas Administraciones". Esta explicación aislada podría dar á entender más de lo que el autor quiso expresar, pues que dada la vaguedad de sus términos, podría invocarse no ya en fa-

vor de la tutela sino contra ésta y en favor de la intervención que en los asuntos locales da al Poder central el régimen centralista.

Para comprender, pues, más exactamente el verdadero fundamento atribuído á la tutela administrativa, descompongámosla según los dos objetos con que ha sido establecida, es decir, distingamos la tutela legal ó la jurídica que consiste en velar por la observancia de las leyes impuestas á las autoridades locales para su funcionamiento, y la tutela económica destinada á garantir la conveniencia ú oportunidad de las resoluciones dictadas.

Respecto del fundamento de la tutela legal, dice el mismo autor antes citado: Vigilando el exacto cumplimiento de las leyes y requiriendo á las autoridades sometidas á la observancia de aquéllas, el Estado ejercita una función que nadie aquí osará negarle. Custodio como es del derecho, cada una que de éste se aleja, debe ser requerida por el Gobierno ó sus representantes. En consecuencia, una asamblea comunal que delibera sin número ó sobre asuntos que salen de su jurisdicción, debe encontrar un obstáculo á esas invasiones de poderes. Si el Estado ó el Gobierno no interviniesen en esos desórdenes, las leyes, la libertad y la sociedad toda, serían amenazadas y turbadas."

Y para justificar la tutela económica por la influencia que los intereses locales pueden ejercer sobre los generales y la acción pública del Estado, cita Aucoc los siguientes casos concretos: "Si las autoridades locales agotan las fuerzas contributivas de los ciudadanos, ¿cuáles serán los medios de acción del Estado para subvenir á los gastos de interés general? No es una mera hipótesis la que indicamos aquí. En 1865 un hombre de Estado del Reino de Italia señalaba el grave embarazo en que se encontraba el país á causa de la libertad ilimitada de que gozaban las Municipalidades para el establecimiento de impuestos; el impuesto comunal era superior en muchas Comunas al establecido por el Estado. La libertad relativa dada á las Administraciones locales por la legislación francesa para el establecimiento de céntimos adi-



cionales á las contribuciones directas, ha producido este resultado: que hoy el Estado no podría aumentar sus impuestos sino con graves dificultades."

El régimen á que nos referimos, y que en ciertas legislaciones llega en casos excepcionalísimos hasta la disolución de las autoridades locales de origen electivo, se traduce ordinariamente en la práctica, por la facultad de anulación que el Poder Ejecutivo tiene respecto de los actos de dichas autoridades que adolecen de algún vicio legal, y en la aprobación previa de ciertas providencias de carácter económico expresamente indicadas en la ley. Se diferencia, pues, esencialmente del régimen centralizado ó de la acción jerárquica que dan al Poder central el derecho de iniciación y reforma respecto de todas las medidas que á los intereses locales se refieran.

Tal es en pocas palabras y sin perjuicio de algunas ampliaciones que luego haremos respecto de su reglamentación, el régimen de la tutela administrativa, cuyo grado de aplicación varía sin duda alguna según las condiciones sociológicas y políticas del medio en que se pretenda aplicarlo, y según se trate de la tutela legal ó de la económica, entendiendo nosotros á ese respecto que, á la inversa de lo que piensa Orlando, es más discutible la legitimidad y la utilidad de la tutela jurídica que las de la económica, porque los abusos de orden legal tienen ya su correctivo en los recursos que pueden deducir los terceros á quienes perjudican. Algo de esto parece haber comprendido también Gianquinto cuando al establecer que el Prefecto tendrá la facultad de anular las deliberaciones por defecto de forma, de competencia del Consejo ó por contravención de una ley de orden público, agrega: "y decimos *de orden público* porque sería ilimitada la autoridad del Prefecto si pudiera anular cualquier deliberación que á su juicio fuese contraria á una disposición por la cual la comuna ó la Provincia fuese obligada á un acto cualquiera, como por ejemplo á una servidumbre, á un pago, etc.; la competencia del Prefecto debe ser limitada á los únicos casos en que sean violadas las formas

prescriptas para la legalidad de la deliberación, ó sea excedida la competencia del Consejo, ó la deliberación sea contraria á una ley de *orden público*". Es difícil precisar hasta qué punto se ajusta esa doctrina á las disposiciones respectivas de la ley italiana; pero es lo cierto que ella manifiesta la inutilidad y hasta la inconveniencia de que todos los actos de las autoridades locales puedan ser paralizados por los delegados del Gobierno á título de violación de cualquier ley

Sea de eso lo que fuere, lo que interesa hacer constar es que el fundamento y el objeto de la tutela no están en la incapacidad de las localidades para administrarse —concepto que sería contradictorio con el de la autonomía local —ni tampoco en la defensa directa de los intereses de ese orden, sino en la existencia y en los fines del Estado mismo, que obligado á la defensa de los intereses generales debe velar para que éstos no sean perjudicados por la mala administración de los locales, de cuya suma al fin de cuentas aquellos otros se componen. Como lo decía Ducrocq combatiendo la denominación de tutela administrativa, concepto que supone la incapacidad de la persona tutelada: las prerrogativas reservadas al Estado en materia de administración comunal no tienen por base ni por razón de ser una pretendida incapacidad natural de las Comunas. Si algunas de las deliberaciones de los Consejos municipales necesitan de autorización, y otras son enteramente subordinadas ó pueden ser anuladas, no es porque dichos Consejos carezcan de inteligencia, ni de luces ni de voluntad reflexiva, sino porque entre los intereses locales, por un lado, y por otro los intereses generales del país de que el Estado es guardián, hay un vínculo estrecho que impide el predominio del interés comunal.

¿Es la tutela administrativa así entendida la que establece el artículo que comentamos? A la verdad sería eso lo único realmente lógico, pues habría manifiesta contradicción entre instituir la autonomía municipal, que es lo que el proyecto se propone, y someter esas mismas Municipalidades á la acción paternal del Poder Ejecutivo, facultado para intervenir constantemente en defensa directa de los propios intereses

de ellas, á quienes una eterna minoridad les impediría cuidar debidamente. Pero entretanto, es lo cierto que aquel temperamento racional y lógico no es el que surge de la letra del artículo que estudiamos.

Como se habrá visto, el artículo faculta al Poder Ejecutivo para suspender las resoluciones de las Juntas por dos causas fundamentales, por envolver ellas una extralimitación de facultades, violación de la ley ó de contrato, ó por ser contrarias al interés público,—es decir, por una razón de orden legal ó jurídico, y por razones de orden económico, exactamente como en el caso de la tutela de que anteriormente hemos hablado.

Prescindiendo de la impropiedad del verbo suspender, porque los actos ilegales no son aplazables sino anulables, y en realidad toda suspensión sin término y por vicio intrínseco del acto resulta en la práctica una verdadera anulación, no encontramos motivos suficientes para la intervención de orden legal en términos tan extensos como los que se indican, y en los cuales puede afirmarse que la tutela administrativa excede sus verdaderos límites, no teniendo por eso precedentes en tal forma.

Los actos violatorios de contratos tienen su remedio propio en el recurso judicial que el mismo proyecto establece en favor de los dannificados y en virtud del cual los tribunales pueden suspender el acto reclamado; no hay, pues, motivo para la intervención que en esos casos se acuerda al Poder Ejecutivo, tanto menos cuanto que ellos no tienen por regla general la trascendencia sobre los intereses nacionales que es precisamente el fundamento de la tutela administrativa. Y no se diga que la facultad suspensiva de que el artículo habla se refiere al caso de acción jerárquica, pues en primer término esa vía es incompatible con el régimen de descentralización, y en segundo lugar el artículo habla de la suspensión de oficio ó á pedido de alguna autoridad, la que excluye todo recurso jerárquico interpuesto por particulares.

Con razón, pues, las legislaciones positivas excluyen de la tutela administrativa el caso á que nos referimos.

Así la ley provincial y comunal italiana de 19 de Febrero de 1889 establece en su artículo 162 lo que el Prefecto ó el subprefecto examinan si la resolución ha sido dictada en forma legal, ó si no viola alguna ley. Y aun en la propia legislación francesa se observa que tanto la ley orgánica departamental de 10 de Agosto de 1871 (artículo 47) como la ley comunal de 5 de Abril de 1884 (artículo 63) sólo establecen como causas de nulidad, los vicios de forma y la violación de una ley ó reglamento de Administración Pública, agregando la última de las leyes citadas (artículo 64) el caso de deliberaciones en las cuales hubiesen formado parte miembros que en ellas tuviesen un interés particular.

Ninguna referencia, pues, se hace en esas disposiciones á la violación de los contratos, que es materia tan sólo de un recurso completamente privado, correspondiente á la parte lesionada.

Pero la facultad más grave que se le acuerda al Poder Ejecutivo es la de suspender las resoluciones municipales que á su juicio causen algún perjuicio público. Se ha dicho que por ese medio el Ejecutivo podrá ejercer una conveniente intervención en las Administraciones locales evitando así los peligros de una completa descentralización que pudiera ser acaso prematura, y adoptándose un prudencial término medio entre la autonomía y la centralización absolutas. Pero á la verdad, es esa una argumentación completamente contradictoria. Puede discutirse si es ó no oportuna la descentralización en circunstancias dadas; pero ya se acepte ó se rechace es completamente ilógico establecerla acompañándola á la vez de disposiciones que la destruyen por completo; que no se justifican ni como medio de evitar los peligros que de ella puedan temerse, temores estos que no tienen cabida en un proyecto autonomista que empieza por sentar la absoluta bondad de este sistema, ni se justifican tampoco á título de establecer el término medio que se pretende, el que sería tan desprovisto de razón como los temores á que acabamos de aludir. Por otra parte no hay tampoco tal término medio en la disposición de que tratamos, que no contempla ni

atempera sino que destruye la esencia misma del sistema. Se comprende, en efecto, que si el Poder Ejecutivo está facultado para intervenir en las resoluciones de las Juntas y suspenderlas ó anularlas con solo invocar un perjuicio público sin distinción alguna sobre si ésta es nacional ó local, bien puede decirse que seguirá siendo dueño de la acción municipal como en el régimen centralista que se pretende abandonar; y, que en esas condiciones la reforma implantada tendrá más de una simple descentralización burocrática que de una verdadera descentralización administrativa.

Exacto que la circunstancia de ser dichas resoluciones ejecutivas por sí mismas y sin necesidad de ninguna aprobación previa podrá contribuir en algo á aminorar el inconveniente que apuntamos; pero es evidente que habría sido más acertado establecer taxativamente los casos en que el Poder Ejecutivo podrá ejercer la tutela económica á que el artículo se refiere.

Es así como con más acierto lo hacen las propias leyes antes citadas, como puede verse en los artículos 166 á 168 de la ley italiana, 48, 49, y 68 y 69 de las citadas leyes francesas de 1871 y 1884. Puede discutirse y discreparse sobre los casos en que debe acordarse la intervención del Poder Ejecutivo; pero es indudable que sólo su indicación expresa y taxativa puede evitar eficazmente el peligro de dejar á las Municipalidades libradas al arbitrio y á los propósitos más ó menos absorbentes del Poder Ejecutivo.

Dispone también el mismo artículo que la facultad suspensiva que establece, será ejercida por el Poder Ejecutivo, de oficio ó á pedido del Juez Letrado, del Agente Fiscal ó de cualquier otra autoridad.

No hay duda que dado su objeto y fines, la tutela del Estado sobre la acción de las localidades debe ser ejercida por el Poder Ejecutivo. Como dice Gianquinto: puesto que la tutela tiene su razón de ser en la necesidad de una vigilancia y protección suprema del Estado sobre los negocios más graves de las Comunas que estrictamente se relacionan con los intereses generales de aquél, no menos que con los

de las Comunas mismas, resulta por lógica consecuencia que la acción tutelar debe ser ejercida por el Gobierno." Pero lo que no tiene precedentes ni encuadra en los propósitos de un régimen decentralizado, es que la tutela sea ejercida directamente por el Poder Ejecutivo mismo ó sea por la autoridad superior de la Administración. El órgano específico á quien el ejercicio de la tutela está confiado es siempre el representante del Poder Ejecutivo en la localidad, representante que en las legislaciones anteriormente citadas es el Prefecto, como lo son entre nosotros los Jefes Políticos. La intervención en el caso de la autoridad gubernativa local en vez del Poder Ejecutivo mismo, representa una economía de tiempo y de trámites favorable á las localidades mismas, economía tanto más de apreciarse cuando se establece como el proyecto lo hace, que la suspensión decretada por el Ejecutivo puede ser observada por las Juntas ante el mismo Poder, el que resolverá se insiste ó no en su decreto; —lo que representa una doble tramitación que si demoraría inútilmente la terminación del incidente cuando se siguiese con el representante del Ejecutivo en la misma localidad, la demorará mucho más cuando la discusión se trabe entre una autoridad de la capital y otra residente en otro extremo de la República. Gianquinto no aceptaba que el Prefecto tuviese sólo el poder de suspensión, correspondiendo la anulación al Gobierno, porque á su muy fundado juicio esa intervención de la autoridad central ocasionaría grandes retardos y demoras en la pronta expedición de los asuntos, lo que importaría por sus inconvenientes una vuelta al régimen anterior de completa centralización. ¿Qué habría dicho el autor si la intervención de la autoridad central se requiriese no sólo para la suspensión ó anulación provisoria, sino también para la definitiva, como lo establece el artículo que examinamos!

Es, pues, sólo una razón casera la que puede justificar que el proyecto no confíe la tutela administrativa á los funcionarios que en los Departamentos representan al Poder Ejecutivo, sino á éste mismo directamente.

Tampoco tiene precedentes la forma adoptada para que

el Poder Ejecutivo pueda ejercer la intervención que se les atribuye. "De oficio, ó á pedido del Juez Letrado, Agente Fiscal ú otra autoridad, podrá suspender, etc." Descartemos desde luego esta intervención que tan inoportunamente se da á los magistrados judiciales y que no sólo es completamente extraña á las funciones de éstos, sino que hasta podría inhabilitarlos para ejercerlas. Es completamente impropio y no se explica que el Agente Fiscal, que es un funcionario de orden principalmente judicial, se convierta en controlador oficioso de los actos de las Juntas. Y por último, es necesario convenir en que la suspensión de oficio por el Poder Ejecutivo ó á pedido de alguna autoridad local, podría hacer de una eficacia y de una oportunidad muy dudosas la intervención de aquel Poder, desde que no estando las Juntas obligadas á comunicarle sus resoluciones, podrán ser muchos los casos en que los desaciertos legales ó económicos de las Juntas queden sin la intervención del Poder Ejecutivo que el proyecto se propone establecer.

Por eso, las legislaciones que establecen esa intervención en el régimen de la tutela á que nos hemos referido, disponen que las resoluciones de las autoridades locales deben er comunicadas á los agentes del Gobierno encargados de ejercer la tutela legal, ó sometidas á la aprobación de las autoridades que deben ejercer la tutela económica.

Queda todavía otro punto importante á decidir. Las resoluciones del Poder Ejecutivo pueden ser arbitrarias, ó erróneamente dictadas con menoscabo de las legítimas facultades de las Juntas. Justo es, pues, acordarles los medios de defenderse contra tal peligro. El proyecto lo entiende así, estando en eso de acuerdo con la generalidad de las legislaciones sobre la materia; pero en lo que no lo está es en los medios adoptados para conseguir el indicado fin. Tratándose de la intervención legal establece que los decretos del Ejecutivo serán apelables ante la Alta Corte, y ante la Asamblea si se tratase de intervención económica. En el primer caso, el proyecto se aparta de la generalidad de las legislaciones, y es justo declarar que lo hace con acierto, por lo menos

en cuanto establece el recurso judicial, y en el segundo se aparta también, pero entonces incurriendo, á nuestro juicio, en un gravísimo error.

En el primer caso unas legislaciones, como la italiana, establecen el recurso *administrativo al Rey* con audiencia del Consejo de Estado; y otras, como la francesa, establecen el recurso contencioso *por exceso de poder*.

Como dice muy bien Gianquinto, la decisión sobre la validez ó nulidad de un acto por observancia ó anulación de la ley, es de naturaleza judicial, porque importa la aplicación de la ley á un caso controvertido; es, por consiguiente, un caso de justicia, sin que importe que la cuestión sea entre una Comuna, una Provincia y la autoridad gubernativa; es siempre cuestión de derecho y de ley, y cuando se trata de determinar la competencia de la autoridad judiciaria no se debe atender á las personas contendientes sino á la naturaleza de la contienda. El artículo está, pues, en lo cierto al establecer el recurso judicial, aunque á nuestro juicio no lo está en cuanto hace de esa contienda un caso de Alta Corte. En nuestro concepto debe seguirse aquí la regla general, según la cual las resoluciones del Poder Ejecutivo son reclamables ante el Tribunal de lo Administrativo.

Si la cuestión no fuese de derecho, sino de interés, dice el mismo artículo que será pasada á la Asamblea General para su resolución definitiva.

Ese temperamento podrá ser más ó menos aceptable en un país de régimen parlamentario en que la Administración es dependiente del Poder Ejecutivo y en donde, por consecuencia, si éste no modera su facultad de intervención puede llegar por ese medio á absorber más ó menos por completo las funciones administrativas, como ha sucedido, por ejemplo, en Francia, en donde, como lo hace constar Goodnow, las preguntas, las interpelaciones y censuras han menudeado en tales términos, que el Poder Ejecutivo se ha visto completamente amedrentado y paralizado, y la función fiscalizadora de las Cámaras, que para la buena marcha del Gobierno debe ejercerse con moderación, ha servido para privar á la Administración

de casi todo poder discrecional, y para concentrar realmente en las Cámaras muchas funciones administrativas.

Pero entre nosotros nada de eso puede ocurrir, constitucionalmente por lo menos. Dentro de los poderes que le acuerda la Constitución y las leyes, la Administración es absolutamente independiente, de manera que el mal uso que haga de sus facultades discrecionales no tiene remedio alguno sino en la sanción de nuevas leyes dictadas al efecto.

Sería completamente absurdo pretender que la Asamblea procediese en el caso como autoridad administrativa superior de la del Poder Ejecutivo, y que en tal concepto, juzgando del buen ó mal uso que la Junta hubiese hecho de sus facultades discrecionales en la decisión suspendida, ó del acierto con que en el uso de aquellas mismas facultades hubiese procedido el Ejecutivo al decretar la suspensión reclamada, confirmase ó revocase ese decreto.

Interviniendo la Asamblea, la decisión definitiva de la contienda no puede ser hecha, pues, sino por medio de una ley. Siendo así, y dado que no se limita aquella intervención á los casos que rocen el interés general del Estado, el artículo si fuese convertido en ley puede presentar el espectáculo curioso de que proponiéndose dar autonomía á las Juntas, las haga en realidad más dependientes del Poder central que lo que lo están actualmente. Hoy dependen del Ejecutivo que puede negar su autorización ó reformar los actos de aquéllas; mañana, con arreglo al proyecto, dependerán también del Poder Legislativo, puesto que se establece que si las Juntas no se conforman con la suspensión decretada y el Ejecutivo insiste en ella, pasará el asunto á la Asamblea para ser definitivamente resuelto en la forma que ya sabemos. Si la intervención del Poder Ejecutivo es ocasionada á demoras inevitables que en nada favorecen la oportuna y pronta expedición de los asuntos locales, calcúlese lo que ocurrirá cuando un asunto tenga que pasar también por el Cuerpo Legislativo, y tenga allí que sufrir toda la tramitación establecida para la formación de las leyes. Es en realidad una curiosa autonomía y un raro modo de es-

timular la acción local y facilitar su libre y oportuno desenvolvimiento, establecer aquella intervención legislativa no sólo inconciliable con todo régimen de autonomía, sino hasta desconocida por completo en las más absolutas organizaciones centralistas.

Eso por lo que se refiere á la situación de las Juntas.

Respecto del Cuerpo Legislativo la resolución del incidente en la forma que indica el artículo que estudiamos, importaría confiarle el ejercicio de una facultad notoriamente ejecutiva, la realización de un acto esencialmente administrativo, cual sería la adopción de una providencia en cumplimiento ó en aplicación de la ley ó en uso de las facultades acordadas por el legislador para los fines de la misma;—y un acto semejante no podría ser hecho por la Asamblea sin incurrir en una evidente extralimitación ó invasión de atribuciones.

Ofrecería, además, el gran inconveniente de hacer intervenir á aquel Poder en asuntos que son y no pueden ser sino de orden exclusivamente administrativo y de orden administrativo discrecional, porque sólo así pueden ser debidamente atendidos y resueltos, y en los cuales el Poder Legislativo no podría intervenir sino haciendo su solución mucho más difícil, morosa é insegura, con notorio perjuicio para los intereses locales y también de los intereses generales que serán necesariamente desatendidos por aquel Poder, obligado á distraer su tiempo en cuestiones que pueden ser muy importantes para un barrio, pero que miradas desde la altura de las funciones legislativas, no pasan de verdaderas pequeñeces de vecindario.

Lamentable espectáculo sería, de todo punto de vista, el que ofrecería el Cuerpo Legislativo ocupado en discutir la oportunidad ó la conveniencia de ordenanzas sobre aljibes ó pozos negros que dictasen las Juntas de campaña, y que por distintos motivos podrían ser suspendidas por el Ejecutivo en virtud de las gestiones que el artículo autoriza ó por petición directa de los vecinos.

Y no se diga que casos como los que acabamos de citar estarían excluidos de la intervención legislativa, pues ellos podrían ser de grave importancia local, importancia que en

los ejemplos citados sería de orden higiénico; y como no se hace distinción alguna sobre si el perjuicio ha de ser de interés meramente local ó general y el propósito del artículo parece ser acordar una intervención protectora de la autoridad central en los asuntos municipales, procedería perfectamente la intervención legislativa en casos como aquellos y otros análogos, porque perjuicio público de carácter grave en cuestiones de interés local, puede existir perfectamente en los estrechos límites de un barrio.

Por lo menos habría, pues, que limitar la intervención legislativa á casos especiales y concretos en que se tratase de cuestiones ó de medidas que pudiesen tener alguna repercusión sobre los intereses generales del Estado: y aún así podría decirse, que la disposición carecería de precedentes en las legislaciones análogas, que limitan el control de la acción municipal á la intervención de la autoridad administrativa superior, pero en manera alguna del Poder Legislativo.

Sin duda que contra las resoluciones del Poder Ejecutivo cabe el derecho de petición ante la Asamblea, pero una cosa es ejercitar ese derecho que permite á cualquiera de las Cámaras abstenerse de tomar decisión alguna sobre el fondo del asunto, dejando á los reclamantes sometidos á la acción administrativa, y otra es establecer que la Asamblea intervendrá para conformar ó reformar los actos de las Municipalidades. Lo primero sería la aplicación de un principio universalmente reconocido. Lo segundo sería absurdo como control administrativo-jerárquico, y como intervención legislativa sólo puede ser admisible dentro de los legítimos fines de la ley, cuyo interés nacional no se aviene seguramente con las menudencias de barrio.

SECCIÓN SEGUNDA

§ I

SUMARIO:— Garantía de los intereses particulares.—Motivos de su establecimiento. Verdadero alcance de la distinción entre violación de derechos y perjuicio de intereses.—Ídem de la división de los actos administrativos

en discrecionales y reglados.—Fórmula de Romagnosi.—Casos de aplicación del recurso por violación de intereses.—Solución dada á este problema por la legislación italiana — Ídem establecida por la jurisprudencia francesa.—El recurso por exceso de poder — Diversos vicios que lo constituyen—La incompetencia — Vicios de forma — Cuáles pueden dar mérito al recurso—Omisión completa ó parcial de las formalidades establecidas— Formalidades de orden interno — Ídem establecidas en interés de la Administración—Violación de la ley y los derechos adquiridos—Diferencia de ese recurso con los anteriormente indicados —Desviación de poder.—En qué consiste.— Casos prácticos —Importancia atribuida al recurso por exceso de poder.

Pasando ahora á tratar de los intereses particulares, vamos á ver si deben establecerse algunos medios de garantirlos contra los actos administrativos que injustamente los lesionan, y en caso afirmativo cuáles deben ser dichos medios.

Para resolver el primer punto es necesario tener presente que en el tecnicismo de nuestra ciencia, los conceptos de derecho y de interés no expresan como en el orden civil situaciones radicalmente distintas y opuestas por completo, sino tan sólo una diferencia de grados en el elemento jurídico que, inseparable de todas las relaciones del individuo con la Administración, predomina en el primer caso de una manera absoluta, mientras que en el segundo actúa acompañado y atemperado por principios de conveniencia pública.

En verdad, cuando se habla de la existencia de un *derecho* como base del recurso contencioso administrativo de la legislación francesa ó del recurso administrativo judicial del sistema belga-italiano seguido por nosotros, se hace referencia á un derecho concreto, á un derecho sobre una cosa ó una prestación determinada que el particular puede exigir y que la Administración está obligada á dar ó hacer, como sucede, por ejemplo, con la jubilación cuando se solicita en las condiciones reglamentarias. Pero cuando se habla de *interés,* si bien se hace alusión á algo que la Administración puede dejar de dar ó hacer, si estima que así conviene al bien común, eso no quiere decir que en tal caso no tenga también el particular un derecho que hacer valer; el derecho á que sus pretensiones no sean arbitrariamente desatendidas, el derecho á que su interés sólo sea sacrificado en favor del

bien común, en la medida estricta que el bien común lo exija y con las formalidades y garantías que para ese fin se hallen establecidas.

Otro tanto ocurre con los conceptos de potestad discrecional y reglada, que tampoco expresan dos formas de actuación separadas y esencialmente distintas, sino gradaciones de la potestad reglada que, siendo siempre tal la ejercida por la Administración, lo es en un caso de una manera estricta y absoluta, mientras que en el otro lo es con cierta amplitud que le deja dentro de ese límite más ó menos libertad de acción.

De manera, pues, que cuando se habla de potestad reglada, se hace referencia á una reglamentación que obliga al Poder Administrador á producirse precisamente en un sentido concreto determinado. Pero cuando se habla de poder discrecional si bien se reconoce á aquel Poder cierta libertad para acceder ó no á las pretensiones de los solicitantes, no se quiere decir con eso que su acción sea entonces arbitraria, pues en rigor también entonces es reglada; lo es desde luego por disposiciones de forma cuya observancia constituye un verdadero derecho para los particulares, y lo es igualmente en la parte sustantiva ó de fondo, por los principios de derecho natural y positivo que derivan de la naturaleza y funciones del Poder Administrador, órgano esencialmente protector de los intereses particulares, como base del bienestar y la felicidad común, fin de la sociedad civil y de la autoridad que la gobierna.

La personalidad humana no se pierde, no se extingue, no se destruye en la vida social, sino que busca en ésta la garantía de sus derechos, el cumplimiento más acabado de su fin, que es su propio y más completo perfeccionamiento; y la sociedad instituída precisamente con esa misión protectora no puede sin traicionar su fin, sin perder la razón de su existencia, limitar la acción individual, limitar la libertad y la propiedad privadas sino en cuanto lo exige el bien común, y aún entonces mediante justas y especiales compensaciones cuando la limitación recae sobre intereses que la

ley ha querido proteger de una manera especialmente eficaz, haciéndolas objeto de un derecho. De lo contrario estaríamos en el régimen antiguo que desconociendo la dignidad y los derechos de la personalidad humana, levantaba las sociedades sobre la ruina de los individuos, y en que el ciudadano desaparecía completamente ante el Estado.

Por eso Romagnosi formuló con todo acierto como una de las leyes fundamentales de Derecho Administrativo, la siguiente: "Obtener la mayor prosperidad y seguridad, pública y común, interna y externa, que fuesen posibles, salvo el ejercicio inviolado de la propiedad y libertad individuales; y en caso de conflicto de la cosa pública con la privada, hacer prevalecer la primera con el mínimo sacrificio de la segunda".

En resumen: hay dos derechos fundamentales que la ley debe proteger frente á los actos de la Administración; el derecho á que el acto que limita la libertad y el patrimonio del individuo sea *legítimo*, esto es, no viciado por incompetencia, por violación de las leyes de forma, ni de las leyes de fondo (exceso de poder); y el derecho á que los actos de poder administrativo discrecional, ajustándose al bien común, no impongan á la libertad y al patrimonio individual más limitaciones que las que aquel mismo bien exija, en lo cual consiste lo que en el tecnicismo jurídico italiano se llama el *mérito* ó la *justicia* del acto administrativo, y sin lo cual este último degenera en *abuso* de poder.

La legitimidad del acto da origen á casos de *derecho* puesto que el particular puede exigir entonces que la acción administrativa se produzca en una forma ó sentido determinado; mientras que el mérito ó la justicia del acto sólo puede ocasionar un caso de *interés* en cuanto siendo privativo de la Administración el apreciar la oportunidad ó conveniencia del acto de que se trata, el reclamante, aunque facultado para aducir las razones por las cuales considere que el perjuicio que se le impone no responde á ninguna conveniencia pública, carece sin embargo de acción para exigir un acto ó prestación determinada.

Establecido el fundamento del recurso por lesión de intereses, queremos ahora indicar los casos más generales en que puede tener aplicación. Conviene que precisemos este punto que ha sido tratado por las legislaciones positivas en términos confusos y contradictorios.

Tal ha sucedido, por ejemplo, con las leyes de 2 de Junio de 1889 y 1.° de Mayo de 1890, que son las que en Italia rigen la materia.

La primera establece en su artículo 24, que corresponde á la cuarta sección del Consejo de Estado, resolver los recursos por incompetencia, por exceso de poder ó por violación de la ley contra los actos ó providencias de una autoridad administrativa ó de un cuerpo administrativo deliberante, y que tengan por objeto *un interés del individuo ó de una persona jurídica*, y siempre que esos recursos no sean de la competencia de la autoridad judicial, ni se trate de materias correspondientes á la jurisdicción ó atribuciones contenciosas de cuerpos ó colegios especiales.

Después de establecer en esos términos la competencia general del Consejo de Estado, el artículo siguiente enumera taxativamente los casos en que dicho Tribunal puede conocer también del *mérito* del acta, pues en los anteriormente citados sólo puede pronunciar la nulidad por alguna de las causas expresadas.

Y otro tanto ocurre con la ley de 1.° de Mayo de 1890 llamada de la Justicia Administrativa. El artículo 1.° de esa ley, establece que la Junta Provincial tendrá jurisdicción administrativa para resolver, decidiendo aún sobre el mérito, los recursos que no sean de competencia judicial ni pertenezcan á la jurisdicción ó atribuciones contenciosas de cuerpos ó colegios especiales y se refieran á las materias que taxativamente enumera. Y el artículo 2.° establece también limitativamente los casos en que conocerá de los recursos por incompetencia, exceso de poder ó violación de ley, que no sean de competencia judicial ni pertenezcan á la jurisdicción de cuerpos ó colegios especiales.

Quiere decir, pues, que según los textos citados, los vicios

que pueden originar el recurso son tres, la incompetencia, el exceso de poder y la violación de la ley, estando por regla general limitado el objeto del reclamo al pronunciamiento sobre la existencia del vicio reclamado, y siendo de jurisdicción de mérito sólo los casos taxativamente indicados.

Prescindiendo de esa limitación que no tiene justificación plausible alguna en leyes del objeto de las citadas, ¿en qué consisten cada uno de esos tres vicios que la ley enumera y que desde luego parece que todos estarían comprendidos en el de violación de la ley?

No estando esa explicación expresa ni tácitamente comprendida en las disposiciones citadas, veamos lo que al respecto dicen sus comentadores:

"La incompetencia de que aquí se habla, dice el abogado Porrini en su *Codice della Giustizie Amministrativa*, no debe ser entendida en el sentido que le dan los escritores de derecho judiciario, es decir, en el sentido de falta de jurisdicción, sino como carencia de facultades para proveer en determinados asuntos. El exceso de poder en que algunos han querido ver una especie de incompetencia no existirá cuando un juez ó un administrador invada la jurisdicción de otro, sino cuando en asunto de su competencia exceda el límite de los poderes que le están conferidos y haga algo que exceda de sus atribuciones... Y la violación de la ley existe cuando no se han llenado las formalidades prescriptas para dictar una resolución, ó cuando se hace contra el interés de una persona algo que no es permitido".

En realidad, esa explicación más bien oscurece que aclara la clasificación hecha, pues que no sólo los tres vicios que se indican pueden estar comprendidos en el de violación de la ley tomando esta frase en sentido amplio, sino que además, tanto en el caso de exceso de poder, como en el de violación de la ley, tomando esta expresión en el sentido restringido que hemos visto se le da, pueden comprender tanto cuestiones de forma como de fondo.

Pasemos á la legislación francesa y veremos cómo ésta incurre en una confusión inversa á la hecha porla legisla-

ción italiana, pues así como ésta establece que la incompetencia, los vicios de forma y violación de la ley, cuando se refieren á cuestiones de intereses deben ser considerados como cuestiones de ese mismo orden y excluidas, por consiguiente, del recurso judicial establecido para las contiendas de derecho, á la inversa la legislación francesa dispone que las cuestiones de poder discrecional que son por lo mismo de simples intereses, son susceptibles del mismo recurso contencioso que la incompetencia, la violación de formas, de la ley ó de derechos adquiridos, casos todos comprendidos en el recurso por *exceso de poder*.

Examinemos, pues, ese recurso.

Los vicios constitutivos del exceso de poder son cuatro: la incompetencia, la inobservancia de las formas, la violación de la ley y los derechos adquiridos, y la desviación ó abuso de poder.

El vicio de incompetencia existe cuando un funcionario administrativo invade los poderes de otra autoridad del mismo orden, circunstancia esta última que lo diferencia de la usurpación de poder, que se produce cuando una autoridad administrativa invade atribuciones de otro de los Poderes del Estado.

Es entendido, además, que para que la incompetencia exista, la invasión de atribuciones debe ser completamente irregular, es decir, que el ejercicio de funciones que corresponden por derecho propio á otra autoridad no se halle legalmente autorizado, como puede estarlo en los casos de suplencia ó delegación de tunciones. No es del caso estudiar ahora cuándo eso puede hacerse; por eso nos limitamos á la observación hecha, con lo cual basta para comprender el verdadero alcance del vicio á que nos referimos.

El vicio de forma se produce cuando ha habido omisión de las formalidades prescriptas para el acto administrativo de que se trata. Esas formalidades, dice Laferrière, jamás deben ser consideradas como procedimientos de pura forma, como un aparato exterior destinado á dar solemnidad al acto; en el pensamiento de la ley, ellas son las garantías ofrecidas

á los interesados, al público, á la Administración misma, contra las decisiones precipitadas ó insuficientemente estudiadas. A cada formalidad corresponde en el pensamiento del legislador, un medio de evitar un error, de impedir una injusticia, de asegurar la madurez ó la oportunidad de una decisión; de manera que al acto no se le presume correcto, sino cuando todas las formas requeridas han sido observadas." Tal es la idea general que preside á la anulación por vicios de forma; sin que se admita tampoco — excepción hecha del caso de omisiones parciales de que en seguida hablaremos — distinción alguna entre formalidades esenciales y secundarias, considerándose á todas como substanciales por no poder suponerse que el legislador ha establecido requisitos superfluos.

No quiere decir esto, sin embargo, que toda violación de formas sea causa de nulidad. La jurisprudencia distingue, á este respecto, la omisión completa de una formalidad y la omisión parcial ó sea su cumplimiento incompleto ó irregular, y ha establecido que en ese último caso, si bien por regla general la irregularidad cometida vicia también el acto, hay, no obstante, algunas excepciones en las cuales por tratarse de detalles que no resultan necesarios ó esenciales, aunque deben observarse siempre, su omisión no puede producir nulidad, como sucedería, por ejemplo, si debiendo comparecer la parte á una diligencia determinada no se le cita en forma; pero sin embargo, comparece y hace uso de su derecho. Es del caso recordar que, como lo observa Hauriou, la jurisprudencia es á este respecto extremadamente severa, y no admite esas excepciones sino con las mayores reservas, estableciendo que en toda duda que los jueces pudieran tener sobre la influencia que la irregularidad ha podido ejercer, debe preferirse la solución más conforme á la ejecución literal de la ley.

Escapan sólo á la acción del recurso las formalidades que por ser de orden interno, diremos así, no quitan ni dan derechos contra terceros, en cuyo caso están las establecidas en simples instrucciones ministeriales. "Los Ministros, dice á este respecto Laferrière, no poseen por lo general poder regla-

mentario alguno; las instrucciones que ellos dan fuera de los casos en que ejerzan excepcionalmente aquel poder, no pueden imponer obligaciones á terceros, y por consecuencia, tampoco pueden conferirles derechos contra la Administración. Son simples prescripciones jerárquicas destinadas á guiar á los subordinados, haciéndoles conocer las vistas de la Administración superior. La omisión de las formalidades que ellas prescriben no constituye, pues, un vicio de forma que pueda entrañar la anulación del acto. El Consejo de Estado se ha pronunciado repetidas veces en ese sentido."

Fuera de estos casos en que por tratarse de omisiones incompletas ó de formalidades que no han sido establecidas en beneficio directo de los particulares sino de la Administración, caso á que nos referimos en la página 96, la procedencia del recurso es más ó menos discutida, la aplicación de éste es indudable en todos los demás, sin que pueda el recurso ser desestimado por razones de urgencia que hayan motivado la violación de formas cometida. Sobre este punto es doctrina uniformemente seguida por la jurisprudencia francesa, que la urgencia de una decisión no la exonera de la necesidad de las formas, porque cuando éstas han sido establecidas por la ley, sólo el legislador puede simplificarlas ó abrogarlas por aquel motivo, como lo ha hecho, por ejemplo, en los casos de expropiación urgente; lo que no quita que en ciertos casos, como los de peligro inminente, los poderes de policía faculten á la Administración para proceder brevemente. Pero, dice al respecto Laferrière, estas medidas excepcionales de seguridad pública que no pueden ser eficaces sino á condición de ser inmediatas, no deben ser confundidas con las decisiones administrativas menos urgentes á las cuales la ley ha impuesto formas determinadas.

La violación de la ley y de los derechos adquiridos hemos dicho que es otro de los casos del recurso por exceso de poder. Como se comprende, violación de la ley hay también en la incompetencia ó en la violación de las formas, de manera que en ese sentido los tres casos que acabamos de citar serían completamente idénticos. Pero lo que distingue el

caso á que ahora nos referimos de los otros dos que antes hemos explicado es que, tanto la incompetencia como el vicio de forma pueden ser alegados por el que sólo tiene un interés en el asunto, mientras que el recurso por violación de la ley sólo puede ser opuesto por aquel cuyo derecho ha sido lesionado. Por otra parte, no es necesario que ese derecho sea perfectamente determinado é irrevocable como si emanara de un contrato, ni sea tampoco rigurosamente personal ó singular como si se fundase en un acto administrativo individual. "Los derechos que protege nuestro recurso por exceso de poder, dice Hauriou, pueden ser ó indeterminados en su extensión, ó revocables en su principio, ó á la vez indeterminados y revocables. Al contrario, los derechos protegidos por el recurso contencioso ordinario son en general, sea determinados en su cantidad, sea irrevocables en su principio, porque ellos no proceden del contrato ó de la ley. No es necesario, en fin, que el derecho adquirido sea rigurosamente personal; un propietario puede reclamar contra un reglamento que viole á la vez la ley y el derecho de propiedad de todos los habitantes de la Comuna; un industrial puede reclamar contra un acto reglamentario que viola á la vez la ley y la libertad de trabajo de toda una categoría de industriales."

La diferencia que el autor que acabamos de citar pretende establecer entre el recurso por exceso de poder en el caso de violación de la ley y los derechos adquiridos, y el recurso contencioso ordinario, no resulta en la práctica bien caracterizada. Como se habrá visto, el mismo Hauriou dice que para la aplicación del primero *no es necesario* que el derecho sea determinado é irrevocable, lo que quiere decir que aun siéndolo puede usarse aquel recurso, resultando así que los casos en que puede acudirse á una ú otra vía son exactamente iguales. Precisamente á esta circunstancia es debida la teoría del *recurso paralelo* de que hablaremos más adelante. Y es también de acuerdo con aquella misma conclusión, que Laferrière establece que la diferencia entre el recurso contencioso ordinario y el recurso por exceso de po-

der, no presenta otro interés práctico que del punto de vista del procedimiento, y más exactamente, del punto de vista de los gastos, puesto que el primero está exento de la asistencia de abogado y de otros gastos de actuación.

Y por último el cuarto caso es el de *abuso ó desviación de poder.*

Hay abuso ó desviación de poder, dice Aucoc, cuando un agente de la Administración haciendo un acto de su competencia y siguiendo las formas prescriptas por la ley, usa de su poder discrecional en un caso y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales dicho poder le ha sido dado. Así por ejemplo: á consecuencia de la ley de 2 de Agosto de 1872 que atribuyó al Estado el monopolio de la fabricación de los fósforos para lo cual todas las fábricas existentes deberían ser expropiadas, el Ministro de Hacienda para disminuir en lo posible los gastos que demandaría la ejecución de la ley, ordenó á los Prefectos que procediesen á la clausura inmediata de todas las fábricas que no estuviesen regularmente autorizadas con arreglo á la legislación de los establecimientos insalubres, peligrosos ó incómodos, para de ese modo expropiar solamente las que tuviesen una autorización regular. Como tal clausura no podía ser legalmente ordenada sino en virtud de la legislación sobre policía de los establecimientos mencionados y no en el interés financiero del Estado que era el fin que el Ministro perseguía, las instrucciones ministeriales ordenaban á los Prefectos que no hiciesen alusión alguna á la citada ley del 72, á fin de que sus resoluciones pareciesen motivadas únicamente por razones de salubridad. A pesar de eso el Consejo de Estado anuló todos los decretos de clausura dictados con arreglo á dichas instrucciones, cuyo propósito exclusivamente financiero, resultaba de su texto y del hecho mismo de ser firmadas por el Ministro de Hacienda, en vez de serlo por el de Comercio que era al que le correspondía la aplicación de las leyes sobre establecimientos insalubres.

Otros casos que es oportuno citar por su analogía con algunos que han ocurrido entre nosotros:

La jurisprudencia francesa ha resuelto con toda razón que los permisos que son necesarios para establecer en la vía pública canalizaciones de agua ó de gas, aun cuando ellos sean esencialmente revocables, no pueden ser retirados por motivos extraños á la conservación y á la libertad de la vía pública, único objeto de la policía que sobre dichas vías ejerce la Administración. De acuerdo con esta doctrina el Consejo de Estado, ha anulado por desviación de poder, decretos retirando dichas autorizaciones ya porque el permisionario no pagaba la contribución que le era exigida, aun cuando ésta fuese legal, en cuyo caso lo que correspondía era cobrarle con arreglo á la ley, ya porque aquél se negaba á consentir en la reducción del precio del gas que la Comuna le reclamaba, ya porque la Administración quería reservar el uso del subsuelo á otra compañía, etc.

En estos y otros casos semejantes en que como se ha visto, se trata de actos de poder discrecional, la intervención del Tribunal de lo contencioso está limitada á examinar si dicho poder ha sido ejercido con los fines para que ha sido dado, ó si ha sido desviado, empleado con móviles ó propósitos extraños á aquellos mismos fines, en cuyo caso procede la anulación del acto reclamado.

Tales son el objeto y los diferentes casos de aplicación del recurso por exceso de poder.

Los autores franceses dan una gran importancia á ese recurso. Su gran mérito decía Hauriou, consiste en haber sometido al derecho los actos de poder público que al principio del siglo eran casi todos discrecionales, mientras que ahora todos con excepción de los actos de gobierno son susceptibles del recurso por exceso de poder. Sería difícil, dice á su vez Laferrière, citar otro Estado que la Francia en donde el control de la legalidad administrativa sea tan extenso ó en donde los ciudadanos tengan tan amplios recursos contra los abusos de poder y los errores de derecho de la Administración.

Hay cierta exageración en ese juicio pronunciado tan cerca de la Inglaterra en donde ha regido siempre el principio de

que todo mal tiene su remedio; en donde como lo hace constar Jacquelín jamás se ha conocido la distinción entre el recurso contencioso administrativo y el puramente gracioso, y en donde la acumulación de las funciones judiciales y administrativas ha permitido á los jueces proceder por medio de los writs como verdaderos superiores jerárquicos. Pero á pesar de eso es justo reconocer que dentro del sistema general francés, que excluye de lo contencioso ordinario los actos de poder público y toda clase de reclamo en cuestiones de interés, el recurso por exceso de poder ha llenado una verdadera necesidad, ha proporcionado una garantía más de legalidad en favor de los particulares.

Hemos visto ya cuáles son los casos indicados por las legislaciones precitadas, como de simples intereses. Debemos ahora examinar si han estado en lo cierto al proceder así, y en caso negativo precisar cuáles son los que debemos comprender en el recurso que constituye la materia del presente capítulo.

§ II

SUMARIO.—Examen de los casos que pueden motivar el recurso por perjuicio de intereses.—Vicios de que pueden adolecer los actos administrativos.—La incompetencia: la violación de las leyes de forma y la de las leyes de fondo.—¿Las dos primeras pueden alguna vez ser objeto del recurso preindicado?—Crítica de la legislacion italiana.—Fundada observación Orlando.—Superioridad relativa de la legislación francesa al respecto. Dudas surgidas sobre la naturaleza del recuso por exceso de poder.—Cuál es su verdadero carácter.—Disconformidad con la misma legislación en cuanto hace de la incompetencia y violación de las formas un recurso contencioso especial, y en cuanto incluye en el mismo los casos de desviacion de poder.—Los dos primeros casos deben ser equiparados á los demás reclamos por violación de derechos—Otro tanto ocurre con el de violación de la ley y los derechos adquiridos—Explicación del doble recurso establecido en esos casos.—Complicaciones á que ha dado lugar.—La teoría del *recurso paralelo*.—Defensa de la jurisprudencia francesa por Aucoc—Su inaplicación en nuestro sistema.—Actos de poder discrecional—Casos en que pueden motivar un recurso de derecho—Idem de interés—Examen de la excepción relativa á los actos de poder político.—Doctrina de la legislación italiana.—Contradicciones de los tratadistas franceses.—Cuál ha sido la importancia real de aquella clasificación.—Carácter personal del interés que dé mérito al recurso—Si de ahí se sigue que la resolución reclamada ha de ser también individual—Objeto del reclamo.

Como se habrá visto, la diferencia entre los diversos casos que pueden dar lugar á la aplicación del recurso administrativo establecido por la legislación italiana, y al de exceso de poder de la legislación francesa, no resulta bien caracterizada ni en una ni en otra legislación.

Lo que hay de verdad es que tanto en materia de intereses como en la de derechos, los vicios de los actos de la Administración pueden ser de tres clases, la incompetencia, la violación de leyes de forma y la de leyes de fondo. A primera vista parece que este último caso no podría presentarse cuando la Administración tiene poder discrecional; pero se comprende que aun entonces ese poder tiene dos limitaciones, una resultante del objeto ó fin con que ha sido instituído, y otra el principio romagnosiano que ya conocemos y del cual no podría aquélla apartarse sin incurrir en una acción ilegítima. A fin de evitar interpretaciones erróneas, al primer caso del cual los españoles llaman de abuso de poder, nosotros llamaremos sencillamente de incompetencia, expresando con esa palabra la carencia de facultades para intervenir en un asunto dado; al segundo tomando la denominación generalmente aceptada llamaremos de exceso de poder; y al tercero, llamaremos de abuso ó desviación de poder, denominación que le dan respectivamente la jurisprudencia italiana y la francesa.

Hecha esta aclaración, lo primero que ocurre preguntar es si los tres casos deben ser equiparados, ó en otros términos si la incompetencia, los vicios de forma ó la violación de la ley cuando se producen en cuestiones de intereses, deben ser asimilados á estas últimas y excluídos por consiguiente de toda reclamación judicial.

Por nuestra parte entendemos que tanto la incompetencia como el exceso de poder, tomando esta expresión en el sentido de violación de leyes de forma, aun cuando recaiga en materia de intereses ó que en el fondo sea discrecional, son cuestiones de verdaderos derechos y en tal concepto deben ser objeto del recurso judicial, como ya tuvimos ocasión de decirlo en las páginas 96 y siguientes. Esto mismo lo sos-

tiene el tratadista Orlando en los siguientes términos: "Aun en materia de meros intereses, el derecho público de un Estado debe establecer formas múltiples á las cuales esté obligada la Administración. Es claro que en tal caso el particular tiene derecho á que sus intereses sean tratados con observancia de aquellas formas; él podrá ocurrir al juicio administrativo cuando la controversia recaiga sobre el cumplimiento de esas formalidades. La Administración puede establecer discrecionalmente las limitaciones al libre comercio que juzgue necesarias por razones de salud pública: ella tiene así en sus manos muchos y gravísimos intereses de los ciudadanos, sin que por eso puedan éstos por más perjudicados que resulten, acudir en ningún caso ante los Tribunales. Pero es preciso que aquellas limitaciones emanen de una cierta autoridad y mediante formas especiales; de manera que, si un funcionario subalterno, un síndico por ejemplo, se permitiese decretar una cuarentena por su propia cuenta, sería sin duda alguna responsable civil y penalmente de una grave violación del derecho individual. Precisamente por esto una teoría y una jurisprudencia prevalentes, quieren que la acción por inobservancia de las formas se asimilen en todo caso á la violación de un derecho del ciudadano, el que podría acudir á la jurisdicción del magistrado ordinario, ó de lo contencioso administrativo donde ese sistema exista".

Así lo ha entendido también la legislación francesa que ha hecho de la incompetencia, de la violación de las formas, de la ley y los derechos adquiridos, otros tantos casos del recurso por exceso de poder, mediante el cual el Consejo de Estado como Tribunal supremo de lo contencioso administrativo anula, sin reformar, como lo hace en los recursos ordinarios, los actos viciados por alguna de aquellas causas.

Es cierto que se ha discutido si el recurso por exceso de poder es un verdadero recurso contencioso —en el sentido francés de la palabra— ó si es un simple recurso administrativo en vía jerárquica. A la verdad hasta 1872, diversos antecedentes abonaban esa segunda solución, pues desde luego

la ley de 7-14 de Octubre de 1790 que es la primera que se cita como fundamento del mencionado recurso, establecía que las cuestiones de incompetencia á las que al principio aquél estaba limitado, serían resueltas por el Rey como jefe de la Administración superior, facultad que pasó luego al Consejo de Estado en virtud del artículo 52 de la Constitución consular según el cual dicho Consejo era el encargado de resolver todas las dificultades que se presentasen en materia administrativa, y de lo dispuesto por el artículo 11 del decreto de 5 de nevoso del año VIII que dió á la misma corporación el poder de decidir todos los conflictos que se presentasen entre la Administración y los Tribunales. En segundo lugar se recordará que hasta 1872 y con excepción del corto período desde 1849 hasta 1852 el Consejo de Estado jamás tuvo sino una jurisdicción retenida, lo que hacía de él un verdadero cuerpo administrativo deliberante cuyos dictámenes debían ser aprobados por el Rey. En tercer término dicho recurso fué muy pronto extendido por la jurisprudencia, (á la cual se debe todo su desarrollo por lo que con mucha razón ha sido llamado *pretoriano*), dicho recurso decimos, fué extendido muy luego á los actos discrecionales que sólo podían dar lugar á reclamos por violación de intereses que eran los propios del recurso administrativo jerárquico. Y finalmente, para no citar sino los antecedentes más salientes, la resolución dictada en el recurso de que tratamos surte efecto para todos, á diferencia de las verdaderas sentencias que no lo tienen sino entre las partes.

Pero, cualquiera que fuera el verdadero carácter del recurso hasta 1872, es evidente que desde esa fecha en que se dió al Consejo de Estado jurisdicción delegada, el exceso de poder da lugar á una verdadera acción contenciosa, á una acción de derecho sobre la cual la Administración activa no tiene más intervención que la que le corresponde como parte demandada. En este sentido ha podido decir Laferrière que el recurso por exceso de poder es por su esencia un recurso contencioso, puesto que se ejerce según un procedimiento determinado, ante el Consejo de Estado constituído en verda-

dero Tribunal, y provoca una decisión que es un acto de jurisdicción.

Debemos hacer constar, sin embargo, que la conformidad que acabamos de manifestar con la legislación francesa, es tan sólo en cuanto ella ha entendido que los reclamos por incompetencia, por inobservancia de las formas y violación de la ley, aun cuando recaigan en cuestiones de intereses, son verdaderos recursos por lesión de derechos, y en tal concepto deben ser de la misma jurisdicción establecida para ese último caso, en vez de adoptar sistemas radicalmente opuestos como lo hace la legislación italiana que, después de haber establecido la jurisdicción judicial para los reclamos por violación de derechos, establece la del Consejo de Estado para los demás casos que hemos indicado, en que también se trata de verdaderos derechos.

Por lo demás, nosotros tampoco seguiremos á la legislación francesa en el recurso por exceso de poder á que nos hemos venido refiriendo; y no la seguiremos ni en cuanto establece el recurso especial de anulación para casos que, como hemos visto, envuelven verdaderas cuestiones de derecho, las que como tales deben estar sometidas á la misma jurisdicción que las cuestiones del mismo orden sobre el fondo, ni la seguiremos tampoco en cuanto incluye en aquel recurso contencioso, los casos de poder discrecional en que las cuestiones son siempre de simples intereses.

Para nosotros, las cuestiones de competencia y de forma, aún aquellas que en lo fundamental sólo afectan simples intereses, son, como ya lo hemos manifestado, cuestiones de verdadero derecho. Lo reconoce así el mismo Laferrière, cuando dice: "Se debe, por otra parte, observar que si una decisión discrecional no puede jamás herir sino simples intereses, puede, sin imbargo, lesionar *verdaderos derechos* según las condiciones en que ella sea dictada; es lo que sucede cuando las reglas de competencia ó de forma no son observadas, porque cada uno tiene derecho á exigir en toda decisión que lo comprenda, la observancia de las reglas que son la garantía común de todos los interesados."

Y bien: si las cuestiones sobre incompetencia ó violación de las formas son verdaderas cuestiones de derecho, ¿qué razón hay para excluirlas del recurso judicial establecido para las cuestiones de fondo? Absolutamente ninguna.

Otro tanto pasa con la violación de la ley y los derechos adquiridos. Tiene su explicación que en la jurisprudencia francesa, limitado el recurso contencioso ordinario á los actos de gestión, se haya sentido la necesidad de adoptar otro recurso para los actos de poder público; ese otro recurso llamado al principio recurso contencioso de anulación, fué transformado más tarde en el recurso por exceso de poder, por medio de una evolución que el autor antes citado explica en los siguientes términos:

"En todo tiempo el Consejo de Estado ha admitido más ó menos ampliamente que las partes pueden reclamar ante él la anulación de actos administrativos hechos en violación de la ley é infiriendo agravio á sus derechos, recurso que se fundaba tan sólo en el principio general, según el cual todo acto administrativo que ataca un derecho puede dar nacimiento á una acción ante el juez administrativo; pero después del decreto de 2 de Noviembre de 1864 que suprimió la intervención de abogado y redujo los gastos al derecho de timbre y registro en el recurso por exceso de poder, limitado entonces á la incompetencia y violación de las formas, el Consejo de Estado incluyó en aquel mismo recurso el caso de violación de los derechos adquiridos, á fin de que este orden de reclamos gozase de las mismas facilidades acordadas á los otros dos."

Todos los reclamos por violación de derechos fueron desde entonces incluídos en el recurso por exceso de poder, y puesto que algunos de ellos eran susceptibles de otra vía como los actos de gestión que podían ser reclamados por la vía contenciosa ordinaria y ciertos actos de poder público que como los contratos de obras estaban en el mismo caso por disposición excepcional de la ley, surgió entonces una nueva complicación que es á la que se refiere la teoría del *recurso paralelo*, según la cual el recurso por exceso de poder no procede cuando

existe otro, en cuyo caso es éste el que debe hacerse valer, teoría esa que unos como Laferrière la sostienen alegando que de lo contrario todas las cuestiones sobre ilegalidad de los actos administrativos podrian ser objeto de aquel recurso que absorberia así á todos los demás, y que otros como Jacquelin combaten fundándose en que estableciendo la ley dos recursos no se puede desechar uno á título de que existe otro, tanto más cuanto que tienen alcance diferente como sucede en el caso, pues el recurso por exceso de poder produce efecto *erga omnes* mientras que los otros son de alcance puramente individual.

Es cierto que algunos autores como Aucoc, reconociendo sinceramente esas contradicciones que se observan tanto en la doctrina como en la jurisprudencia francesas, tratan de explicarla por el hecho de no ser el recurso á que nos referimos de carácter legal, sino simplemente pretoriano. Pero la verdad de las cosas es que todas aquellas complicaciones y contradicciones se habrian evitado si no se hubiese incurrido en la primera, por la cual, á título de defender la libre acción de la autoridad administrativa, se limita el recurso contencioso ordinario á los reclamos contra los actos de gestión, y se deja al recurso por exceso de poder los reclamos contra los actos de autoridad, produciéndose así una contradicción tan inútil que en muchos casos el Consejo de Estado que como Tribunal de lo contencioso no podía intervenir, intervenia en el mismo asunto y en la misma cuestión como tribunal del recurso por exceso de poder. Es cierto que en ese caso el tribunal tiene unas facultades y en el segundo tiene otras, pues el recurso contencioso ordinario es de revisión, mientras que el de exceso de poder es tan sólo de anulación, pero si esto una vez admitido puede explicar la duplicidad de los recursos, es en sí mismo completamente inadmisible; lo es en el sistema francés porque siendo los tribunales administrativos, no hay peligro de que su intervención en una forma ó en otra ataque en ningún caso la división de los Poderes; y lo es en el sistema judicial desde que estando la intervención de los jueces limitada á juzgar

de los efectos del acto con relación al derecho del reclamante, tampoco puede haber temor alguno de aquel mismo ataque, ni de que el Poder Judicial invada en caso alguno las atribuciones del Administrador.

Por eso nosotros habiendo establecido el recurso judicial para los casos y con el objeto indicado en el capítulo segundo, no encontramos tampoco motivo alguno para establecer un nuevo recurso de efecto anulatorio como el recurso de exceso de poder por violación de la ley y los derechos adquiridos como lo establece la legislación francesa.

Y refiriéndonos por último al recurso por desviación de poder, que es el establecido en aquella legislación contra los actos de poder discrecional que como tales lesionan simples intereses de los particulares, diremos que tampoco lo aceptamos por lo que vamos á decir en breves términos.

Sin duda alguna, el usar del poder discrecional para otros fines que aquellos para los cuales ha sido dado, importa usar de una facultad que no se tiene, lo que vicia el acto de una verdadera incompetencia. Cuando esta incompetencia puede apreciarse por el objeto del acto mismo y sin entrar á averiguar su mérito, es decir, sin entrar á apreciarlo con relación al interés público en cuyo beneficio el poder discrecional ha sido dado, se tiene entonces un caso de derecho que como tal debe seguir la regla general. Tal sucedería, por ejemplo, si una de nuestras Juntas, á título de reglamentar el uso común de las plazas públicas puestas bajo su administración impusiese á los usuarios una cuota ó un gravamen cualquiera no autorizado por la ley debiendo serlo. Tal sucedería también en el siguiente caso citado por Aucoc: Los Prefectos encargados de la policía de los caminos de hierro están facultados para reglamentar la entrada, el estacionamiento y la circulación de los vehículos públicos ó particulares en las dependencias de las estaciones. Pero ese poder no les ha sido dado sino con un fin de policía, es decir, para mantener el orden en un sitio destinado al uso público. Si, pues, un Prefecto en lugar de usar de su poder con ese fin lo usase para asegurar un monopolio contratado entre la com-

pañía del ferrocarril y un empresario de carruajes, y prohibiese la entrada á la estación de todo vehículo que no perteneciese á dicho empresario, cometería evidentemente un abuso de facultades, violaría el derecho de todos al uso de un bien público y cometería así un atentado que el Consejo de Estado ha condenado como abuso de poder, y que á nuestro juicio como caso de violación de derecho no vemos por qué no ha de seguir la regla general, siendo por consecuencia innecesario hacerlo objeto á la vez de otro recurso contencioso.

Hay otros casos en que el verdadero móvil de una decisión puede también ocultarse totalmente. Tal sucedería, por ejemplo, en el caso de la revocación del permiso para las canalizaciones de gas que anteriormente citamos. A la Municipalidad le bastaba con invocar el interés de la vía pública en vez de pretextar el excesivo costo del gas que se le suministraba; y haciéndolo así no habría cabido recurso alguno contra su decisión porque, en la apreciación de las medidas relativas al uso y conservación de la vía pública su juicio era soberano. En esas condiciones todo recurso de derecho resultaría, pues, completamente ineficaz, inaplicable, y la garantía de los particulares quedaría completamente burlada.

Y si la legitimidad del acto hubiese de apreciarse no por sus móviles, sino por los hechos, por sus resultados prácticos, por su utilidad, sus ventajas del punto de vista de las conveniencias públicas, entonces la apreciación sería de orden completamente administrativo, y los Tribunales no podrían hacerlo sin entrar en un terreno en que la Administración tiene un poder discrecional, siendo en consecuencia la única facultada para apreciar lo que al interés público conviene; y por consiguiente, si el acto responde ó no á ese interés y si por lo tanto es legítimo ó abusivo. Así por ejemplo: Jacquelín cita una resolución del Consejo de Estado estableciendo que los posaderos pueden atacar un decreto modificando la ubicación de una feria, si esa modificación les perjudica ocasionándoles una disminución de clientela. Pero, preguntamos nosotros, ¿cómo pueden los jueces sin salir de su función exclusivamente judicial, invadir come-

tidos notoriamente administrativos, entrar á apreciar si una feria ó mercado debe instalarse en tal ó cual punto y si por consecuencia el cambio ordenado á ese respecto responde ó no á una positiva conveniencia pública? ¿No hay, por otra Parte, manifiesta contradicción en dotar á la Administración de una apreciación discrecional y someter esa apreciación á la autoridad de un órgano superior, y lo que es más grave, de un orden distinto?

De manera, pues, que entre los casos por desviación de poder, unos, como aquellos en que dicho poder se ejerce con otro objeto que aquel para que ha sido instituído son verdaderos casos de incompetencia, y otros como aquellos en que ejerciendo un poder discrecional dentro del orden de su legítimo funcionamiento, pero con error ó falsedad respecto de las verdaderas exigencias públicas, son casos de orden exclusivamente administrativo, y, en tal concepto no pueden razonablemente ser de la misma jurisdicción que los de incompetencia ó violación de ley. Éstos constituyen verdaderos casos de derecho; los otros son verdaderos casos de interés y los únicos que deben reputarse tales, en cuyo concepto sólo puede reclamarse de ellos administrativamente, en la forma que indicaremos en la sección siguiente:

Establecidos los casos de aplicación del recurso por violación de intereses, debemos hacernos cargo de la excepción que respecto de los actos emanados del Gobierno en el ejercicio del poder político, hacen tanto la jurisprudencia francesa como la citada ley italiana de 1889.

¿Qué entiende la ley por tales actos? Explicando este punto decía el miembro informante en el Senado italiano: "La Comisión está muy lejos de suponer que con la elasticidad de esa frase se sustraigan á la jurisdicción del Consejo de Estado todos los actos que se digan hechos en el interés del Estado, aunque en realidad no respondan sino á intereses de partido... la Comisión entiende que *el poder político se ejercita en el interés de la generalidad de los ciudadanos y no tiene con los intereses privados una relación directa sino oca-*

sional. **¿Queréis un ejemplo en las relaciones del derecho *in terno?* Hay uno bastante frecuente. Suponed un consejo comunal que falte á su misión ó desconozca sus deberes. En tal caso es claro en la ley el derecho á destituirlo ó modificarlo, aun cuando no se pueda invocar ningún hecho concreto de malversación ó de mala administración. ¿Podrá suponerse que una apreciación política de ese género pueda estar sujeta á alguna jurisdicción? Evidentemente no".**

Sin duda alguna en ese caso y en todos los demás que puedan estar comprendidos en la regla general que hemos subrayado, no cabría reclamación alguna, pero eso no sería por tratarse de actos políticos sino porque no existiría en aquellos casos el interés personal y directo que es condición indispensable para todos los reclamos particulares. Para hacer, pues, esas exclusiones no es necesario apelar á la clasificación de actos políticos, clasificación que no admitió tratando de los reclamos de derechos, la propia ley italiana de 20 de Marzo de 1865, y que si ha de tener el alcance limitado que acabamos de indicar es, como se ha visto, completamente inútil á los efectos jurisdiccionales; y que si ha de tener un alcance más amplio, resultará siempre contradictoria y confusa, y como consecuencia de esas condiciones, insidiosa y atentatoria, como lo ha sido en la práctica.

Lo que domina en el acto de gobierno, dice Laferrière, es su *carácter político;* Ducrocq, que entiende por actos de gobierno los que se refieren á la ejecución de las leyes constitucionales (1) y por actos de administración los que se re-

(1) La organización actual de los Poderes públicos en Francia, bajo la forma republicana es la obra de la Asamblea Nacional de 1871 que antes de terminar su cometido votó las tres leyes constitucionales siguientes: la de 25 de Febrero de 1875 relativa á la organización de los Poderes públicos, que se compone de nueve artículos; la de 24 de Febrero del mismo año relativa á la organización del Senado, dictada un día antes de la precedente, pero cuyo artículo 11 disponía que no podía ser promulgada sino después del voto definitivo de la ley sobre los Poderes públicos, y 3.° la ley de 14 de Julio de 1875 sobre las relaciones de aquellos mismos Poderes. Esas tres leyes forman el derecho constitucional del país. Esas leyes han sido modificadas en parte por las de 22 de Julio de 1879 y la de 14 de Agosto de 1884 que tienen también carácter constitucional y han sido votadas por la Asamblea nacional de revisión constituída por el artículo 8.° de la primera. Ducrocq—Tomo I, página 44.

fieren á la ejecución de las leyes no constitucionales, dice á su vez que, no basta para constituir un acto de gobierno que una medida tenga carácter político, puesto que numerosos actos de administración pueden presentar ese carácter (tomo II, página 20). Para Hauriou son actos políticos los que se refieren á la unidad política del Estado en cuyo caso considera que están entre otras las medidas de seguridad como la declaración de estado de sitio y las medidas de policía sanitaria, disposiciones de las cuales ha dicho con toda razón Jacquelín, que corresponden exclusivamente á la policía administrativa que es la que cuida del orden y la seguridad pública. Según ese mismo autor, de los actos del Poder Ejecutivo, son de orden gubernamental los que se refieren á la representación del Estado ante las potencias extranjeras y aquellos en que dicho Poder juega el rol de vínculo y moderador respecto de los demás Poderes. Se trata de una misma escala — había dicho mucho antes Serrigny—ocupada por un solo Poder con nombres diferentes, *gobierno* en los grados superiores, administración en los inferiores. Y para completar el cuadro de contradicciones puede todavía recordarse la opinión de los que como Macarel y Vivién han dicho que el gobierno es la cabeza y la administración el brazo de la sociedad, lo que quiere decir que el acto de gobierno está en el pensamiento, en la idea impulsiva ó directiva, y el acto de administración estaría en la ejecución de esa misma idea pero como el pensamiento ó la idea es incapaz por sí sola de crear vínculos de derecho ni relaciones externas de ninguna clase, la clasificación resulta entonces puramente subjetiva ó psicológica y sin alcance jurídico de especie alguna.

No es eso, sin embargo, lo que ha ocurrido en la práctica, pues ya tuvimos ocasión de ver (página 156) cómo esta distinción entre actos políticos y actos administrativos sin otros efectos prácticos que los puramente jurisdiccionales, sólo ha servido para armar al Poder Ejecutivo contra la jurisdicción delegada de los Tribunales, y garantir la inmunidad de sus actos, invocando el carácter político de los mismos, y al amparo de la nebulosa que envuelve esa clasificación arbitraria é inútil para todo efecto jurisdiccional.

El interés que dé mérito á la acción debe ser personal y directo. Entre los muchos casos en que ha tenido aplicación este principio citaremos uno de los más interesantes no sólo por referirse á una eminencia científica sino también por ser enteramente análogo á algunos que se han presentado entre nosotros. Cuando Pelegrino Rossi fué nombrado catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de París, los demás profesores reclamaron porque el nombrado ni era francés ni tenía título académico visado por las autoridades científicas francesas. No obstante el recurso fué desechado porque los reclamantes no tenían interés personal alguno en el reclamo, y sí tan solo el de velar por el cumplimiento de las leyes orgánicas del profesorado de la citada Facultad.

La regla á que nos referimos no sólo es una consagración del principio general según el cual sin interés no hay acción, sino que establece además la necesidad de que el reclamante tenga en el reclamo un interés individual y propio, exista ó no á la vez un interés general ó colectivo. Como dice Laferrière, todos aquellos que hacen parte de una colectividad pueden accionar *ut senguli* en razón de sus intereses particulares; pero ellos no pueden obrar *ut universi* para la defensa de los intereses generales que no tienen la misión de defender, y cuya representación y defensa está confiada á determinados órganos especiales ó de carácter público.

Pero si el interés debe ser personal y directo, no se sigue de ahí que también haya de tener carácter particular ó individual el acto que dé mérito á la acción. Precisamente son las disposiciones reglamentarias, los reglamentos generales que la Administración dicta en el ejercicio de sus facultades discrecionales, son los actos de ese género los que pueden dar más ocasión á reclamos de la índole de los que estudiamos, por manera que sería suprimir los principales y más numerosos casos de aplicación del recurso, y suprimirlos sin beneficio alguno para nadie, exigir la individualidad del acto administrativo reclamado.

En cuanto á los efectos del recurso, se ha visto que en la legislación francesa el recurso por desviación ó abuso de poder, que es en el fondo enteramente análogo al que nosotros establecemos, sólo da lugar á la anulación del acto reclamado. Este efecto puede tener su explicación en el sistema francés porque el recurso tiene allí carácter jurisdiccional, conociendo de él un tribunal administrativo, lo que justifica que esa autoridad no revoque ni reforma el acto reclamado porque eso importaría ejercer funciones de Administración activa. Pero como nosotros en la reglamentación del recurso por violación de intereses no saldremos del dominio de aquella Administración, bien podemos establecer que ésta podrá reformar ó revocar el acto reclamado apreciándolo en todas sus faces, y según lo estime conveniente.

§ III

SUMARIO:—Reglamentación del recurso por perjuicio de intereses.—Formas que puede tener.—*a)* Sistema judicial.—Doctrina de Francone.—Su verdad aparente.—Motivos de su inadmisión.—Diferencias entre los recursos por exceso y por abuso de poder.—¿La inhabilidad de los jueces para intervenir en ese último caso importa darle al Poder Ejecutivo garantías que no tiene ni el propio Poder Legislativo?—Demostración que los jueces no invaden las funciones legislativas cuando suplen el silencio de la ley pero invadirían las administrativas si apreciasen la conveniencia de los actos de la Administración.—Observación de Stein.—Ejemplo contrario de la jurisprudencia francesa.—Intervención que ésta da á los Tribunales en los actos de poder discrecional.—Su explicación.—Exacta observación de Jacquelin.—¿La doctrina sostenida es contraria á los fines de la división de los Poderes?—*b)* Sistema administrativo.—Diversas reformas.—El recurso ante Consejos ó Tribunales administrativos.—Superioridad de esa solución.—Motivos que obstan á su establecimiento entre nosotros.—Necesidad de organizar los recursos dentro de la Administración activa.—Examen de las objeciones formuladas contra esa solución por los tratadistas italianos.—Observaciones de Orlando y de Loris.—Combinación del sistema adoptado con un procedimiento general administrativo apropiado.—Objeciones de Gianquinto contra la posibilidad de ese procedimiento.—Crítica.

Explicado ya el fundamento y los casos de aplicación del recurso por perjuicio de intereses debemos ver ahora cómo se reglamenta.

Según las indicaciones hechas por los tratadistas que hasta

ahora se han ocupado de este asunto, dicha reglamentación puede afectar dos formas fundamentales distintas; puede ser judicial ó administrativa; y en este segundo caso puede referirse á la misma Administración activa ó á órganos especiales que actuarían como tribunales ó consejos administrativos.

A primera vista parece que siendo también un derecho el que tienen los particulares á que sus intereses no sean limitados sino en cuanto exija el bien común, debería estar protegido como todos los demás derechos que pueden hacer valer contra la Administración. Así lo han pretendido algunos autores entre los cuales merece ser citado en primer término el tratadista Francone, quien critica duramente la ley italiana del 65 por haberse limitado á garantir *la legitimidad* del acto administrativo, dejando sin defensa el derecho de los particulares contra los *abusos de poder,* que así pueden ser impunemente cometidos sin que los particulares tengan en ese caso más recurso que la simple apelación en vía jerárquica, como lo establece el artículo tercero de la ley citada.

Esta observación parece tanto más fundada cuanto que en realidad no puede decirse que la Administración *usa de su derecho* y que por consiguiente el particular no puede alegar sino un simple interés, cuando aquélla ejercita su poder discrecional para la apreciación del mérito ó de la conveniencia del acto. Precisamente porque su poder es discrecional debe ser ejercido dentro de los límites necesarios para conciliar el interés privado con el público. "Ultrapasando ese límite, dice con verdad el autor precitado, lejos de usar de su derecho el Poder Administrador abusa de él y viola el derecho del administrado, al cual no se puede exigir otro sacrificio de su propiedad ó de su libertad, que el requerido y en la medida estrictamente exigida por el interés público". De ahí parece también resultar que en el acto *abusivo* puede en el fondo haber tanta ilegitimidad como en el viciado por exceso de poder, de manera que no puede existir entre esos dos defectos la diferencia radical que ha supuesto el legislador italiano, y tomado como base de la

diferencia establecida para la protección de los particulares en uno y otro caso.

Hay sin embargo una diferencia muy fundamental entre la violación procedente de *exceso* y la originada por *abuso de poder*. En el primer caso para saber si ha sido violado un derecho ó si por el contrario la Administración ha procedido dentro de sus facultades, basta con aplicar la ley al hecho producido ó al acto reclamado, lo que corresponde perfectamente á la función judicial; mientras que en el segundo para llegar á aquel resultado es necesario averiguar si el acto reclamado es ó no conveniente á los intereses generales de que la Administración debe cuidar. Ahora bien: ¿es posible que el Poder Judicial entre en esas averiguaciones, se pronuncie sobre tal conveniencia sin invadir las atribuciones de la Administración, y sin destruir por lo tanto el principio constitucional de la división de los Poderes? ¿No hay en esa circunstancia un motivo poderoso para establecer una diferencia jurisdiccional entre la violación por exceso y la violación por abuso de poder?

Sin embargo, sosteniendo la tesis contraria dice el tratadista antes citado: "Cuando la ley no quiere ó no puede definir el derecho, debe suplirla el magistrado, y por consiguiente en las controversias en que éste es llamado á ejercitar su jurisdicción no se le deben poner barreras insuperables con el especioso pretexto de que se ha de conservar inviolado el principio de la división de los Poderes. Es extraño de veras que se invoque ese principio en favor del Poder Ejecutivo y no se invoque respecto del Poder Legislativo. ¿Por qué, preguntamos nosotros, en las relaciones de simple orden privado, el juez recurriendo á los principios generales de derecho y al temperamento de equidad puede definir un derecho que el legislador no ha querido ó no ha podido definirlo, y en las relaciones entre los particulares y la Administración se le niega tal facultad?.. ¿Acaso el Código Civil al acordarle tal facultad distingue las relaciones jurídicas entre particulares y las relaciones entre personas privadas y la Administración Pública? ¿Acaso esa segunda

clase de relaciones en las que se resume casi todo el derecho administrativo son mejor definidas ó más definibles que las de derecho privado? Tampoco puede decirse que en la determinación del límite jurídico de las relaciones entre particulares no se viola el principio de la división de los Poderes, mientras que se viola en el caso de las relaciones jurídicas entre los particulares y la Administración".

En nuestro concepto es enteramente inexacta la doctrina contenida en el párrafo que acabamos de transcribir.

Sin duda alguna, el legislador no puede establecer, de una manera expresa, todos los derechos habidos y por haber; pero de ahí no resulta que en su silencio estén los jueces llamados á sustituirlo. El magistrado judicial no hace en esos casos sino llenar el vacío de la ley, interpretando la voluntad del legislador cuando éste no ha hablado expresamente, interpretación que hace por los medios que la misma ley le ha indicado. El legislador le dice que, en los casos de silencio, su voluntad está expresada por lo dispuesto en leyes análogas ó por los principios generales de derecho ó las doctrinas más recibidas; el legislador le advierte que esa sería su voluntad si hubiese hablado en el caso, y con arreglo á ella es que deben proceder los jueces.

De manera, pues, que los magistrados judiciales, lejos de usurpar funciones legislativas, no hacen sino ejercitar su misión de interpretar la ley y aplicarla al caso sometido á su decisión. No es exacto, por consiguiente, que se permita en esos casos al Poder Judicial invadir las funciones legislativas, y se quiera en el otro impedir que invada las funciones administrativas, dando así al Poder Administrador garantías que no se dan al Legislativo.

Pero, se replicará, ¿por qué en las cuestiones por abuso de poder no les ha de ser dado á los jueces interpretar también la voluntad del legislador por medio de los principios de interés público que habrían sido la norma de derecho á la cual habría debido ajustar sus actos la Administración en el caso reclamado? Sencillamente porque tratándose de actos de poder discrecional, la apreciación del interés público es

privativa del Poder Administrador. La ley, al darle tales facultades, lo autoriza para ejercerlas según entienda que más convenga á la comunidad; por consiguiente, sin contrariar la voluntad expresa del legislador y sin invadir funciones esencialmente administrativas, no podrían los jueces entrar á discutir si lo hecho por la Administración es ó no lo conforme al interés público, y, por lo tanto, tampoco podría pronunciarse sobre la existencia del abuso de poder, alegada como fundamento de la reclamación interpuesta.

Por eso dice muy bien Stein: "es contradictorio que los tribunales sean llamados á juzgar tales actos de la Administración, que no se fundan en una ley especial sino sobre la apreciación de la pública utilidad... Cuando no exista una ley especial que regule la relación que haga necesaria la intervención del Poder Ejecutivo, obrando éste en vista del interés universal, á él debe estarle reservado el juicio de sus actos, porque él solo tiene la misión de apreciar y representar dicho interés".

He ahí por qué, al contrario de lo que afirma Francone, interpretar la voluntad del legislador en las cuestiones puramente de derecho y por los medios concretos que aquél ha indicado, es ejercer una función esencialmente judicial, por manera que al hacerlo no se ataca en forma alguna la división de los Poderes; pero se desconocería este principio y los jueces invadirían las funciones administrativas si á pretexto de interpretar la voluntad del legislador en cada caso de poder administrativo discrecional, entrasen á averiguar si la Administración ha procedido ó no de conformidad con lo que el interés público reclama, conformidad que, por referirse á las necesidades públicas y los medios de satisfacerlas, sólo puede ser apreciada por el Poder Administrador, pues es lógico que quien tiene á su cargo el cuidado de los intereses generales de la comunidad, es el que debe conocer los que ellos reclaman, y decidir sobre el mejor medio de atenderlos, ó, como dice Meucci, quien tiene que hacer debe saber lo que ha de hacer, siendo exacto en ese sentido que la ley que da la acción da también la jurisdicción.

Es cierto que, como hemos visto en la Sección anterior, en la jurisprudencia francesa, por ejemplo, los actos de poder discrecional están equiparados á los de administración reglada, pudiendo, tanto unos como otros, ser objeto del recurso por exceso de poder, que es, como sabemos, de verdadero carácter jurisdiccional; pero eso ha podidò hacerse allí merced tan sólo à la confusión de funciones administrativas y judiciales atribuídas al Consejo de Estado, confusión debida, á su vez, á la vinculación más ó menos estrecha habida entre aquel órgano y la Administración activa.

"Es de la confusión de funciones administrativas y jurisdiccionales", dice, con toda razón, Jacquelin, "que el Consejo de Estado ha sacado su poder de anulación de los actos administrativos; es como consecuencia y ayuda de esa confusión que el recurso por exceso de poderes, al cual la ley de 7-14 de Octubre de 1790, mantenía su naturaleza propia de recurso de carácter jerárquico, ha podido nacer como recurso contencioso administrativo. Más aún: su desarrollo histórico ha variado y ha seguido exactamente la medida en que ha variado la confusión de funciones en el seno del Consejo de Estado. Estrecha es la concordancia entre esas dos doctrinas; es con el aumento de la confusión de funciones que el recurso por exceso de poder ha encontrado el terreno más favorable á su extensión, mientras que, en sentido inverso, la disminución de esa confusión ha producido toda una serie de restricciones correlativas en la teoría del recurso... Mas la justicia administrativa ha sido dependiente del Jefe del Estado, más fácil ha sido el ejercicio del recurso por exceso de poder y más amplia su aplicación, mientras que ese ejercicio y esa aplicación se han visto reducidas cuando la organización del Consejo lo ha hecho más independiente del Poder Ejecutivo".

La división de los Poderes se opone, pues, á que se haga del recurso por abuso de poder un verdadero recurso de derecho, con facultad por parte de los jueces, para apreciar la oportunidad, la conveniencia ó la necesidad del acto reclamado.

Siendo ese el principal argumento en apoyo de nuestra tesis, no se nos diga, devolviéndonos otro que en su oportunidad hicimos contra la teoría francesa de los tribunales administrativos, no se nos diga que invocamos aquella división contra sus propios fines, desde que nos fundamos en ella para negar á los particulares el recurso judicial, que sería el más seguro, ni que la invocamos para negarles las garantías que constituyen precisamente el objeto y la razón de ser de aquella división.

Si así se nos argumentara, la objeción no sería fundada. Nuestra doctrina no va contra la división de los Poderes ni contra los fines que ésta se propone; lejos de eso, los contempla y los garante, y, lo que es más, constituye el único medio de contemplarlos y de garantirlos. La división de los Poderes en lo que al Judicial y al Administrativo se refiere tiene por objeto asegurar la más completa separación de las funciones de ambos órdenes, como medio de conseguir, por la especialización de las aptitudes, el mejor cumplimiento de cada una de ellas, y evitar que sean trabadas por funcionarios que, en razón de sus funciones propias, son inhábiles para intervenir en las de los demás Poderes. A ambos fines se atacaría dando á los jueces facultades de administradores, pero en manera alguna limitando su intervención á sus atribuciones estrictamente judiciales. De este modo, la misma razón que hemos aducido antes de ahora para decir que los administradores no deben ser jueces ni aún en materia administrativa, lo repetimos aquí para sostener que los jueces no deben ser administradores, y concluir en consecuencia que, si bien los actos de poder discrecional pueden ser susceptibles de un recurso de derecho cuando dicho poder se emplea con fines extraños á su objeto, porque entonces hay en el fondo un caso de verdadera incompetencia, cuando la reclamación sólo se funda en la apreciación de la conveniencia, la oportunidad ó la necesidad del acto reclamado, excluye por su naturaleza toda intervención de carácter judicial.

Eliminada toda intervención judicial, la garantía debe buscarse en la vía puramente administrativa, y en este caso puede establecerse en dos formas distintas, ya dentro de la propia Administración activa recurriendo en revisión ante la misma autoridad que hubiese dictado la resolución reclamada, ó apelando ante la autoridad superior si la hubiera, ó recurriendo ante órganos especiales que aunque también de carácter administrativo tengan por misión especial entender en aquella clase de reclamos, á manera de tribunales, temperamento este que es el adoptado por las leyes italianas de 2 de Junio de 1889 y 1.º de Mayo de 1890 que respectivamente establecieron los recursos para ante el Consejo de Estado y las Juntas Provinciales, según sean los asuntos del resorte de la Administración superior ó de la competencia de las autoridades provinciales ó comunales.

Seguramente esa segunda solución sería la más perfecta; pero es evidente que por ahora ella no sería viable entre nosotros.

Desde luego se opondrían á ella muy atendibles razones de orden financiero las cuales no permitirían adoptar organización alguna que demandase nuevas erogaciones, y lo que es más, erogaciones de cierta importancia como serían las que exigiría la creación de los Tribunales ó Consejos á que nos hemos referido, en todos los departamentos en que está dividida la República.

En segundo lugar y por lo que á los departamentos se refiere, la Constitución establece que el Gobierno y la Administración de ellos estará á cargo de los Jefes Políticos como delegados departamentales del Poder Ejecutivo en lo gubernativo, y de las Juntas Económico-Administrativas como órganos directamente emanados de las comunidades locales. Dado ese antecedente no sería posible constituir nuevos órganos de carácter puramente local y con funciones administrativas como serían las autoridades que intervendrían en los reclamos de que tratamos. Lo único que á nuestro juicio podría constitucionalmente hacerse sería crear órganos locales especiales emanados del Poder Ejecutivo, y que intervendrían

en los casos de que tratamos, ejerciendo sobre los actos de las Juntas el control superior que dicho Poder puede ejercer sobre aquéllas. Esa solución podría no avenirse con un régimen de absoluta autonomía municipal dada la ingerencia constante que por ella tendría el Ejecutivo en los actos de las Juntas; pero sería perfectamente adaptable á un régimen de descentralización moderada. No obstante militaría contra dicha solución la misma razón de orden financiero que antes hemos mencionado.

Debemos, pues, limitarnos á organizar los recursos de que tratamos dentro de la organización administrativa existente. Toda la innovación que en ésta puede hacerse en las circunstancias actuales es crear el Consejo de Ministros como órgano consultivo para la resolución de los reclamos interpuestos ante el Poder Ejecutivo. Las garantías que falten á esa solución deben buscarse en un procedimiento convenientemente reglamentado, que suprimiendo el desorden completo y la arbitrariedad absoluta que hoy reinan en la generalidad de los casos, ofrezca para la defensa de los intereses particulares todas las seguridades compatibles con el funcionamiento regular de la Administración.

La generalidad de los tratadistas italianos son no obstante contrarios á la solución que acabamos de indicar, por diversos motivos que en seguida pasamos á examinar.

"Del punto de vista que nosotros consideramos, dice Orlando, esto es en cuanto á que los intereses particulares sean justamente tutelados, parece manifiesta la insuficiencia del recurso jerárquico. El superier jerárquico será naturalmente inducido á hacer prevalecer la decisión del oficio administrativo á pesar de los intereses particulares, porque de aquel oficio administrativo forma parte.

"A eso se agrega la poca idoneidad de un funcionario de la Administración activa para desempeñar con acierto las funciones de Juez, y menos aun si se tiene en cuenta la deficiencia de los medios con que se prepara su fallo, faltando en primer lugar aquel precioso elemento de la justicia que es la publicidad, y no habiendo establecido procedimiento

alguno para que los particulares puedan defenderse, presentar documentos, discutir la argumentación contraria, etc., etc."

En el mismo sentido se expresa Loris cuando dice: "Ese recurso se ha manifestado en la práctica notoriamente insuficiente, no presentando para el ciudadano serias y positivas garantías. En realidad el funcionario del orden administrativo que debe juzgar el recurso, sea por el espíritu de cuerpo, sea por su poca idoneidad para desempeñar funciones de Juez, no ofrece generalmente sino una escasa garantía de imparcialidad. A eso debemos agregar los defectos del procedimiento, faltando al juicio la publicidad, y no pudiendo el ciudadano defenderse, presentar documentos, tutelar en suma eficazmente sus propios intereses."

Y precisamente por consideraciones de ese orden, para llenar esas deficiencias del recurso puramente jerárquico instituído por la ley del 65, fué que se dictaron las leyes precitadas del 89 y el 91.

Sin embargo, es indudable que la ineficacia práctica observada por los autores á que acabamos de referirnos se ha debido sino total por lo menos muy principalmente á la falta de reglamentación del recurso y no á éste en sí mismo. Tan es así, que el propio Orlando para demostrar que el dicho artículo 3.º, no remedia ninguno de los inconvenientes que se atribuyen al recurso en vía jerárquica, no hace sino observar las deficiencias de procedimiento que encierra aquel artículo. Así, dice: "La obligación impuesta de motivar la resolución no tiene ninguna importancia práctica puesto que no establece la ley que tales motivos deban responder á la defensa del interesado. Irrisoria es también la obligación de oir previamente á los consejos administrativos, puesto que se agrega que eso deberá hacerse cuando sea requerido por leyes especiales lo que en las cuestiones con particulares rara vez sucede, además de lo cual la autoridad proveyente no está obligada á seguir la opinión de los referidos consejos".

Pero subsanadas las deficiencias de procedimiento, organizado éste de un modo conveniente á garantir la defensa de los intereses alegados, ¿no podrían la revisión y la apelación

en vía jerárquica, ofrecer á los particulares todas las seguridades y toda la eficacia deseables?

Esa otra parte de nuestra solución tiene también sus impugnadores que han negado la posibilidad de someter la Administración á procedimientos fijos, semejantes á los judiciales en cuanto lo permiten las peculiaridades de la acción administrativa.

He aquí cómo resume De Gioannis Gianquinto, los argumentos principales que se aducen en favor de la tesis á que acabamos de referirnos:

"En cuanto á los negocios dejados á la competencia de la autoridad administrativa, la naturaleza propia de los mismos no permite someterlos á las formas del procedimiento contencioso, porque la acción de la Administración pura es *magis imperii quam jurisdictionis*, y las reclamaciones de los particulares estando fundadas en simples intereses y no en verdaderos derechos, dan lugar á la jurisdicción graciosa y no á la contenciosa, siendo *discrecional* la potestad que en tales casos ejercita la Administración. En segundo lugar, el procedimiento judicial aplicado á esa clase de cuestiones, daría por resultado reproducir por lo menos la forma de lo contencioso administrativo que se deseaba abolir. En tercer lugar las ritualidades de los verdaderos juicios por sumarios y expeditos que fuesen, serían generalmente inconciliable con la prontitud que requieren los actos de la Administración efectuados en vista de los intereses públicos. Y por último las contiendas en esta materia racionalmente no podrían tener lugar entre el particular y la Administración que es precisamente á quien correspondería dictar la resolución administrativa del caso."

Es indudable, sin embargo, que el procedimiento de que tratamos no sólo es perfectamente posible, sino que es absolutamente necesario como en seguida vamos á verlo.

Desde luego está fuera de toda duda que la Administración en el desempeno de sus múltiples y variadas funciones debe proceder de algún modo. Ahora bien; si los actos de aquélla fuesen realmente arbitrarios ó de pura gracia, po-

dria y hasta debería admtirse por razón de lógica que fuese también arbitrario el modo de proceder la Administración en tales casos. Pero no es así; en el derecho moderno no hay ni puede haber Príncipes que hagan favores; la Administración en todos los casos procede en el cumplimiento de un deber, deber regulado estrictamente en unos casos, y en otros de una manera más ó menos amplia, amplitud que tiene siempre su limitación en la fórmula romagnosiana reguladora de todos los actos de la Administración. No es posible entonces, que el modo de proceder á que nos referimos sea enteramente arbitrario; lejos de eso, lógicamente, forzosamente debe ser adecuada á garantir que los referidos actos sean lo que técnica y jurídicamente deben ser según los varios principios que los rigen. O como decía el profesor Posadas; tal exigencia (la del procedimiento), surge como una consecuencia de la afirmación del *Estado jurídico* En el fondo se trata de que toda autoridad y representación específica del Estado, se conduzca como el acto que realiza lo pida; y para garantir que así sea se imponen las exigencias formales".

Queda destruída con esto la primera de las objeciones formuladas por Gianquinto, pues por más que se trate de actos que son más de imperio que de jurisdicción, y por más que los reclamos que en tales casos se deducen, se funden en un interés del reclamante, tal imperio se halla siempre regulado por determinados principios cuya observancia es objeto de un derecho que los particulares pueden alegar en todo caso, sin quitar al Poder Administrador su libertad de acción que sólo puede ser ejercida dentro de ciertos límites. De manera, pues, que nunca hay por parte de la Administra ción actos de pura gracia, ni tampoco es exacto que los particulares tengan alguna vez sólo simples intereses que alegar, ni lo es por consiguiente que los actos y modos de proceder de la Administración deban en algún caso quedar librados tan sólo á su exclusivo capricho.

Por otra parte la reglamentación del procedimiento, y muy especialmente en lo que se refiere á los reclamos de los par-

ticulares, en nada perjudica la independencia relativa ó sea el poder no *arbitrario* sino *discrecional* de que la Administración dispone en ciertos casos; de donde resulta que tampoco tiene valor contra ella la objeción de Mantellini, quien expresando en otros términos la misma que acabamos de ver formulada por Gianquinto dice que "no se codifica la técnica ni la prudencia, y no puede el arte de gobernar y de administrar bien encerrar en un digesto sus preceptos propios". Esta afirmación no es exacta ni aún con respecto á las disposiciones de fondo, pues son muchas las leyes de carácter administrativo que conteniendo normas precisas de conducta, no hacen sino aplicar esa técnica, esa prudencia, esos principios de buen gobierno á que se refiere el ilustre autor. Pero de todos modos el derecho formal está completamente fuera de todo alcance que quiera darse á la objeción, en lo que se relaciona con las disposiciones de fondo.

Tampoco es más fundada la segunda objeción. Se dice que con un procedimiento semejante al judicial se reproduciría la forma de lo contencioso administrativo que tanto se ha deseado abolir. Esta observación es realmente curiosa. Se invoca la abolición de lo contencioso administrativo en favor de una tesis que es precisamente contraria á los propósitos que indujeron al legislador italiano á establecer aquella importante reforma. Se sabe, en efecto, que la célebre ley de 20 de Marzo de 1865 al establecer el recurso judicial contra los actos de la Administración lesivos de derechos adquiridos, tuvo por objeto acordar las necesarias garantías al derecho y la libertad de los particulares. Y sin embargo se invoca la misma ley para privar á esos mismos particulares de la garantía que les ofrecería el procedimiento fijo en materia administrativa discrecional. Lejos, pues, de haber inconveniente en que se restablezca en ese caso la forma de lo contencioso administrativo, es natural que así se haga, precisamente por razones análogas á las que motivaron su abolición en el otro caso.

La tercera objeción también es infundada porque como lo observa muy bien Orlando, supone que debe procederse de

un modo enteramente análogo al de los juicios ordinarios y que en consecuencia uno de los principales efectos del reclamo debe ser suspender la ejecución del acto reclamado—ninguno de cuyos dos casos es consecuencia necesaria del principio que sostenemos, pues nada impide que en la fijación del procedimiento se tenga en cuenta las condiciones de prontitud y oportunidad indispensables para una administración acertada y eficaz.

Y llegamos con esto al último argumento, esto es, al que sostiene la imposibilidad de mantener una contienda con la Administración que es la que debe dictar en el caso la providencia administrativa que corresponda, por donde vendría aquélla á ser juez y parte en el litigio. Este argumento que hemos alegado contra el sistema francés de lo contencioso administrativo como medio de dar á los particulares mayores garantías, pierde en el presente caso toda su fuerza desde que no se alega para sostener la necesidad de que sea un tercero el que resuelva la contienda, sino para negar todo aparato de juicio en los reclamos por simples intereses. En tales condiciones se comprende que debiendo ser siempre la Administración la que dicte las providencias administrativas del caso, siempre habría más garantías para los particulares con un procedimiento que le proporcione medios regulares y seguros de ser oído, que no dejando librado al arbitrio de la autoridad el que los oiga ó no. Por consiguiente, si el argumento fuese aceptable en este caso sería de efectos completamente contrarios á los que tiene en el otro que ahora hemos recordado.

Si se aceptase ese razonamiento de Gianquinto forzosamente debería concluirse que la reclamación debería ser resuelta por una tercera entidad que no podría ser otra que la autoridad judicial, lo cual nos llevaría á admitir la doctrina de Francone cuando pretende que esa autoridad debe decidir también sobre el mérito ó la oportunidad de las medidas dictadas por la Administración — extremo que como antes hemos tenido ocasión de verlo, es completamente inadmisible.

Por lo demás, si bien sería completamente irregular y anó-

malo que la Administración sea la que decida una contienda en que se reclama contra ella el reconocimiento de un derecho preestablecido y concreto, no lo es que reconociendo á los particulares el derecho de ser oídos, atienda sus observaciones en la forma que más convenga á los intereses públicos cuyas exigencias sólo ella es la llamada á apreciar y á atender, ejercitando las facultades discrecionales de que en el caso dispone.

§ IV

SUMARIO:—Procedimiento administrativo.—Imposibilidad de formular una ley general á su respecto.—Ejemplo de la legislación española.—Bases que puedan indicarse para la formación de reglamentos procesales especiales.—La brevedad; inconvenientes del expedienteo.—Irrecusabilidad de los funcionarios administrativos.—¿Los reclamos administrativos tienen efecto suspensivo?—Doctrina de la legislación italiana.—Opinión en contrario.—Intervención de los reclamantes en los expedientes por ellos iniciados.—Temperamento adoptado por la legislación española.—El sistema inquisitorio.—Su aplicabilidad al procedimiento administrativo.—Inconvenientes que puede presentar.—Cómo quedan subsanados.—Medios de instrucción.—Aplicación que pueden tener los principios del derecho procesal común.—Cuestiones judiciales previas.—Los plazos en el procedimiento administrativo.—¿Debe haberlos para la deducción de las acciones?—Ejemplos de otras legislaciones.—Observación de Stein.—Consecuencia en favor de la solución negativa.—Los plazos en la tramitación. El principio de la caducidad seguido por la legislación española.—Términos para las resoluciones definitivas.—La demora ó el silencio de la Administración, ¿cómo pueden ser interpretados?—Doctrina de la legislación francesa.—Observación de Ducrocq.—Dificultades que en ciertos casos pueden presentarse para la aplicación de términos fábulas.—Efectos de las providencias definitivas.—*a)* Para la administración.—Observación de Laferrière.—Caso en que la providencia reclamada haya sido totalmente ejecutada.—¿Habría derecho á indemnización?—Doctrina del mismo tratadista.—Inconvenientes que puede presentar.—Limitación que debería adoptarse.—*b)* Para los reclamantes.—*c)* Para los terceros.—Intervención de terceros en las acciones que les perjudican.—Recursos contra las providencias resolutorias.—Los recursos de revisión y aplicación.—Casos en que deben establecerse.—Casos en que se entablen ante el Poder Ejecutivo.—Intervención del Consejo de Ministros.—Su necesidad.—Su posibilidad constitucional como órgano consultivo.—Recursos extraordinarios de queja y de nulidad establecidos por la legislación española.—Casos de aplicación.—Publicidad de las providencias resolutorias.—Responsabilidad disciplinaria.—Conclusión.

Sólo nos queda ahora por indicar cuál sería ese procedimiento cuya necesidad y cuya posibilidad hemos demostrado

en los parágrafos precedentes. Vamos, pues, á incluir algunas breves consideraciones al respecto, con lo cual habremos completado la materia de este capítulo y terminado la exposición doctrinaria que constituye el objeto de la primera parte del presente Estudio.

Una observación de carácter general y previo cabe hacer sobre el asunto que ahora va á ocuparnos y es, que dada la diversidad de servicios que la Administración presta y la variedad correlativa de los órganos que los desempeñan, el procedimiento de que tratamos debe forzosamente afectar formas tan distintas como diversos son aquellos órganos y servicios, siendo por consiguiente de todo punto imposible toda reglamentación general y detallada sobre la materia. Por eso no se conoce hasta el presente ninguna ley de ese objeto y condiciones, habiendo fracasado las tentativas hechas para conseguirla. Se observa así que la España que ya en 1879 se había propuesto formularla creando para ese y otros fines una Junta de reformas administrativas con el encargo especial de proyectarla, sólo consiguió reunir en la ley de 19 de Octubre de 1889 algunas bases para los reglamentos procesales que la misma ley mandó formar para cada Ministerio.

Algo de eso y por la misma razón es también lo único que nosotros podremos hacer aquí, debiendo además prescindir de los modos de ejecución de los actos administrativos en el desempeño oficioso de la función de administrar, así como también de las disposiciones de orden puramente interno de las oficinas, y limitar nuestras indicaciones á los trámites ó formalidades que directamente se relacionan con la intervención de los particulares en los expedientes que se siguen con la Administración, ya sean incoados por ésta misma ó por iniciativa de aquéllos. Es esa la parte del procedimiento administrativo que más estrechamente se refiere al asunto y propósitos fundamentales de este Tratado.

Y entrando desde ya en materia, no necesitamos mencionar como la indicación más general que al respecto puede hacerse y una de las primeras condiciones á observarse, la re-

lativa á la brevedad y la sencillez de los procedimientos, tanto cuanto lo permita el cuidado de los intereses públicos y privados que sea necesario consultar. El expedienteo con sus dilaciones y sus trámites inútiles más ó menos interminables hasta para las cosas más insignificantes es un grave mal que debe ser evitado, no sólo por lo que perjudica á los particulares, sino también por lo que daña á la Administración cuya acción oportuna y protectora debilita y perjudica siempre, cuando no la contraría por completo.

Por eso no basta con que la ley establezca las ritualidades á observarse en todos aquellos casos que por su dificultad no sea posible resolver de plano, ni con que las establezca en términos precisos é infranqueables que quiten todo margen á la arbitrariedad y la rutina, sino que es menester también que evite toda complicación inútil, todos los trámites innecesarios y los formulismos oficinescos que sin objeto práctico alguno, sólo sirven como muy bien se ha dicho, para hacer á la Administración repulsiva y justamente temida por los que se ven en el caso de acudir á ella.

Dentro de la condición general que acabamos de indicar es lógico que el procedimiento tenga los tres períodos de información, de examen ó discusión y de resolución, análogos á los que existen en las contiendas administrativo-judiciales, y que son indispensables para la defensa de ambas partes y el acierto de las resoluciones á dictarse.

La acción ó reclamo debe entablarse ante las autoridades que según las leyes orgánicas vigentes se hallen facultadas para dictar la providencia ó decretar la revocación solicitadas. No hay aquí el derecho de recusación que hemos visto establecido en el orden contencioso judicial.

A este respecto á lo que ya dijimos en las páginas 318 y siguientes, debemos agregar ahora que no tendría sentido la alegación de semejante derecho como garantía de imparcialidad, tratándose de gestiones que deben ser resueltas precisamente por una de las partes que en ellas pueden estar interesadas, y no por un tercero independiente, como ocurre en

las contiendas judiciales. Y aún cuando interviniese una nueva autoridad que pudiese ser considerada tercero en la contienda, como ocurriría en el recurso jerárquico, tampoco podría invocarse aquella garantía de imparcialidad absoluta, desde que esa autoridad superior sería como la inferior, no un juez sino un administrador, y como tal obligado á hacer primar siempre el interés público sobre las conveniencias individuales, aunque con la limitación romagnosiana que ya conocemos.

El peligro á prever aquí no sería, pues, el de la parcialidad de los administradores en favor de la Administración, sino por el contrario el de que las vinculaciones entre los primeros y los particulares reclamantes puedan desviar la acción de aquéllos, inclinándolos hacia los últimos inmotivadamente y con perjuicio de los intereses públicos. Pero fuera de las solemnidades establecidas para garantir el acierto de las decisiones administrativas, tal peligro no tiene otro remedio preventivo que la excusación de los funcionarios cuando sus vinculaciones personales puedan poner en pugna sus deberes de administradores con sus afecciones de hombres, y con tal, además, de que la excusación sea posible sin mayores trastornos para el funcionamiento regular del servicio.

Sin duda alguna cuando de las contiendas por perjuicio de intereses conocen Tribunales ó Consejos administrativos, la recusación es más fácil y puede ser pedida ya por la Administración ó por los particulares, como sucede, por ejemplo, en Italia con los miembros de la cuarta sección del Consejo de Estado y los de las Juntas Provinciales. Pero esa es una facilidad que no puede existir en el sistema procesal que hemos adoptado y la que constituye una de las razones determinantes de la superioridad relativa que, como lo dijimos en el parágrafo III, tiene el sistema de los Tribunales ó Consejos sobre el seguido por nosotros.

¿La iniciación de cualquier reclamo produce efecto suspensivo? Se recordará que tratando del recurso judicial esa cuestión la resolvimos afirmativamente de acuerdo con lo dis-

puesto por la ley italiana de 20 de Marzo de 1865. Pero es de notarse, que la misma legislación al tratar de los recursos interpuestos ante el Consejo de Estado ó las Juntas Provinciales de acuerdo con las leyes de 2 de Junio de 1889, 1.º de Mayo de 1890 que ya conocemos, dispone precisamente todo lo contrario: establece que el recurso no tiene efecto suspensivo á menos que por graves razones se resuelva acordárselo.

Nosotros no encontramos motivo suficiente para adoptar dos temperamentos opuestos, según se trate de uno ú otro caso; y habiendo preferido el primero por las razones que á su tiempo expusimos, creemos que también es el que debe seguirse en los recursos puramente administrativos. La suspensión es la regla que conviene en ambos casos, porque mediante ella, pueden evitarse ulteriores responsabilidades para la Administración, ó perjuicios indebidos para los reclamantes. Y si bien es cierto, que la acción administrativa no puede ser turbada por los reclamos de los particulares, que muchas veces pueden ser sin fundamento alguno, la dificultad estará salvada reservándole á la Administración la facultad de aplicar de inmediato sus resoluciones, cuando considere que el interés público así lo exige, y sin perjuicio de las resultancias de la reclamación interpuesta.

Otro punto fundamental á establecer, es el relativo á la intervención que los reclamantes han de tener en la formación ó sustanciación de los expedientes.

A este respecto, en las bases á que antes nos hemos referido, se dispone que: " instruídos los expedientes y preparados para resolución, se comunicarán á las partes, para que aleguen y presenten los justificativos conducentes (artículo 2.º número 10), y de acuerdo con ese principio, los Reglamentos ministeriales á que también hemos hecho referencia, establecen que " el procedimiento administrativo será secreto durante la instrucción, hasta el momento de comunicar el expediente al interesado, lo que se hará una vez que esté instruido y preparado para resolución, desde cuyo momento

será público para la parte, ó quien la represente". Es de notarse, sin embargo, que la disposición siguiente á la que acabamos de recordar, establece que sin perjuicio de lo que en ésta se preceptúa, se dará conocimiento del estado del expediente al interesado ó su mandatario, siempre que lo solicite. Armonizadas ambas disposiciones, resulta que el secreto que en la primera se establece, no tiene más alcance que dar exclusivamente á la autoridad respectiva, la instrucción del expediente, pero sin perjuicio de que el interesado pueda en todo tiempo enterarse de su marcha á fin de gestionar su debido andamiento, si por causas injustificadas no se le diera.

En tales términos el secreto de que se trata, no importa sino establecer para la instrucción del expediente, el sistema inquisitorio, sistema que si bien hemos rechazado en el procedimiento judicial administrativo, es preferible en el presente caso, porque además de ser más breve, no ofrece como en el otro, los peligros de una instrucción insuficiente desde que los informes que deben recabarse, estarán siempre indicados, ó por disposiciones expresas ó por las leyes orgánicas, que determinan la intervención que las reparticiones administrativas deben tener según la índole de los asuntos. Por lo demás, si la instrucción así hecha no satisficiera las exigencias del interesado, tiene éste, una vez terminada aquélla, el plazo prudencial que se le fije para alegar y presentar los justificativos que considere convenientes.

El peligro no estaría, pues, en que por deficiencia de instrucción ó de información se perjudicase al interesado, sino más bien en que ese perjuicio resulte de exceso de informaciones inútiles y hasta impertinentes que puedan desviar la verdadera solución del asunto, ó por lo menos causar demoras innecesarias y por lo mismo gravosas. Así por ejemplo, ha ocurrido que para resolver si está ó no en vigencia un impuesto se ha consultado, no sólo á los Fiscales de Gobierno y Hacienda, sino también al de lo Civil que absolutamente nada tenía que ver en el asunto; y en esa misma Fiscalía hemos visto nosotros expedientes administrativos sobre atrasos de impuestos y sobre aplicación de algunas servidumbres públicas.

Sin duda alguna, puede haber en ese recargo de informes el fin muy plausible de obtener la mayor ilustración del punto debatido; pero aún suponiendo que así fuera siempre, lo que no sería verdad porque también puede ser aquel un medio de buscar en la mayor complacencia ó menor competencia de un funcionario, el dictamen favorable que no se ha podido obtener de otro, aún así decimos, es lo cierto que la audiencia dada á funcionarios incompetentes por razón de su cargo, cause siempre demoras innecesarias y puede resultar inconveniente. Es por eso una práctica, si no necesariamente mala, por lo menos posiblemente peligrosa.

No obstante, el peligro más grave que puede ofrecer y que es, como hemos dicho, el de desviar la verdadera solución del asunto, difícilmente se producirá en la generalidad de los casos, porque los demás antecedentes recabados, las propias alegaciones de la parte, y hasta el derecho de los funcionarios requeridos para excusar su intervención en asuntos que no son de su competencia, impediría en épocas normales por lo menos, el triunfo de una mala doctrina ó de una mala práctica que sólo podrían prevalecer sobre todos aquellos antecedentes en virtud de un empecinamiento que no es presumible, ó de una corrupción administrativa en presencia de la cual nada se evitaría con privar á la Administración del derecho de dirigir la instrucción del expediente.

En cuanto á los medios de instrucción consistirán en casi la totalidad de los casos en informes ó dictámenes que la Administración mandará expedir á las reparticiones que por disposición expresa ó en razón de sus fines deban ó puedan asesorarla en el caso. No obstante, cuando los procedimientos de justificación no se hallen taxativamente indicados, podrán emplearse todos los admitidos en derecho, sin que ellos obliguen en forma alguna á la Administración que los utilizará como simples medios de ilustración, pero que tratándose de actos de poder discrecional conservará siempre su libertad de apreciación respecto de lo que á su juicio convenga resolver en definitiva. Si, por el contrario, se tra-

tase de actos de poder reglado y se gestionase el reconocimiento de un derecho, razonable será que se usen los medios probatorios con las mismas limitaciones del derecho común, ya que es también así cómo se podría justificar el derecho reclamado ante la autoridad judicial si fuese desconocido en la vía administrativa. Así por ejemplo, si la ley no estableciese los medios de justificar el estado civil de la viuda ó menores que solicitan pensión, no sería racional que se admitiese otro que el establecido por la legislación civil, de manera que no sería posible justificarlo por cartas misivas dirigidas á la peticionaria ó por simples declaraciones de testigos.

Es la que acabamos de sentar una regla conveniente que producirá siempre efectos saludables entre administradores respetuosos de la ley, por más que reconocemos que la infracción de aquélla puede carecer de una sanción eficaz. Así por ejemplo, si se otorga una pensión sin que el estado civil invocado haya sido justificado en forma, lo único que en la práctica sucederá, será que aquel otorgamiento no perjudicará á terceros; pero la verdad es que ese perjuicio no existiría tampoco si la Administración tuviese la libertad de admitir como suficiente cualquier clase de justificativo que presentase la peticionaria. La sanción estaría, pues, en el posible reclamo de terceros; pero cuando éstos no existen, la garantía contra el reconocimiento de derechos ó la concesión de beneficios no justificados suficientemente, sólo podrá estar en el oportuno control parlamentario.

Por lo demás, si entre los documentos presentados hubiese alguno sospechado de falsedad, la Administración resolverá lo que corresponda respecto del fondo del asunto, sin perjuicio de dar cuenta á la autoridad respectiva para el esclarecimiento y castigo del delito de falsificación, ó aplazará la resolución definitiva, hasta que la autoridad competente declare la existencia de la falsedad alegada ó sospechada por la Administración.

Es también otro punto importante que la ley debe indicar á los reglamentos procesales la fijación de plazos dentro de los cuales han de producirse todas las actuaciones tanto por parte de los particulares como de la Administración misma y sus agentes, excepto la iniciación del expediente para la cual no debe haber término fatal aún cuando tenga por objeto reclamar de una resolución que se considere injustamente gravosa.

Es cierto que tanto la legislación francesa como la italiana establecen términos fatales para los recursos que establecen, la primera por exceso de poder y la segunda para ante el Consejo de Estado y sus Juntas Provinciales, recursos que como ya hemos visto recaen en muchos casos sobre cuestiones puramente de intereses. No sabemos si aquello será porque los mismos recursos comprenden, como también hemos visto, todas las cuestiones de derecho que puedan producirse con la Administración y las cuales por la gravedad de sus consecuencias, natural es que deban provocarse de inmediato á fin de que las resoluciones que las originen queden cuanto antes á cubierto de toda queja y la Administración garantida contra toda responsabilidad interior;—pero sea esa ú otra la explicación del hecho que observamos, es lo cierto que el recurso jerárquico administrativo carece en las mismas legislaciones de todo plazo para su interposición. Por lo que á nosotros se refiere no vacilamos en manifestar que tampoco encontramos motivo suficiente para la fijación de términos precisos fuera de los cuales no pueda deducirse reclamo alguno de orden puramente administrativo contra disposiciones de la misma clase, que se consideran injustamente gravosas.

A ese respecto recordaremos nuevamente aquí las siguientes palabras de Stein: "La Administración para llenar cumplidamente sus funciones debe necesariamente tener el derecho de dictar, de modificar y de abrogar sus disposiciones con la más completa libertad según lo crea reclamado por una ponderada apreciación de las necesidades públicas. Esta facultad es orgánicamente conexa con las exigencias de una

buena administración, y es por lo mismo un principio incondicionalmente necesario de la vida del Estado."

Y bien: si eso puede hacer la Administración oficiosamente, con tanta ó más razón deberá poder hacerlo á petición de parte, de manera que lejos de haber motivo para establecer un plazo más ó menos breve pero fatal para la deducción de los reclamos, lo habría más bien para que éstos puedan ser deducidos en cualquier tiempo, con tal de que la Administración no tenga responsabilidad alguna en los perjuicios que haya ocasionado á los particulares la demora en que hubiesen incurrido, según lo explicaremos al hablar de los efectos de las providencias resolutorias.

Pero, si por lo que acabamos de decir, el reclamo podrá ser interpuesto en cualquier tiempo, la fijación de plazos para continuar la gestión una vez iniciada, es de todo punto indispensable, lo es tratándose de los plazos para la Administración y sus agentes, porque los términos respecto de aquélla y éstos, son una garantía para los reclamantes; y lo es también respecto de estos últimos, porque aún cuando en ese caso los términos legales tengan menos importancia que en el otro, deben igualmente ser fijos, porque lo ordenado y conveniente para la Administración, es que los reclamos se terminen en el tiempo indispensable para su tramitación, en vez de que los particulares tengan derecho de interponerlos para abandonarlos después ó continuarlos cómo y cuándo les parezca.

A este respecto los Reglamentos españoles hechos en cumplimiento de la ya citada ley del 89, llegan hasta establecer la caducidad de los expedientes que iniciados por acción privada, quedasen paralizados durante cierto tiempo por culpa de sus iniciadores, siendo aplicables al caso los principios del derecho procesal común; lo que quiere decir que la caducidad importará la renuncia completa de la acción deducida y por consecuencia la imposibilidad de entablarla nuevamente.

Ya dijimos anteriormente que el silencio de la Administración, debe ser equiparado á una decisión negativa, á un

rechazo de la petición formulada. Esa idea ha hecho camino por lo menos en el terreno de la doctrina. Ella se halla consignada en la legislación francesa, desde el decreto de 2 de Noviembre de 1864, por cuyo artículo séptimo se establece que cuando los Ministros conozcan de recursos interpuestos contra decisiones de sus subalternos, deberán fallar dentro de cuatro meses, vencido cuyo plazo si no se hubiese dictado resolución, las partes podrán considerar su recurso como rechazado y apelar ante el Consejo de Estado. Posteriormente la misma doctrina fué consignada por el Consejo de Estado en casos de silencio guardado por los Prefectos; y si bien en el terreno del derecho positivo, las cosas no han pasado de ahí, la misma Cámara Francesa en un proyecto relativo al Consejo de Estado, discutido en 1894 y fracasado por otras causas, proponía aplicar aquel mismo temperamento, no sólo á los casos en que los Ministros interviniesen como superiores jerárquicos, sino también á aquellos en que interviniesen como representantes directos del Estado ó como depositarios del Poder público; "y nosotros vamos todavía más lejos, concluye el tratadista Ducrocq, y deseamos que la misma solución sea extendida á toda abstención prolongada de resolver ó de obrar, de cualquier autoridad que emane. En todos los casos esa abstención puede ser tan perjudicial como una decisión contraria, y por consecuencia debe serle asimilada".

Es posible sin embargo que la fatalidad de los términos no se avenga en todos los casos con las complicaciones ó las dificultades que puedan presentarse para el despacho de ciertos asuntos. Teniendo en cuenta esa circunstancia, los Reglamentos españoles ya mencionados, han establecido que en casos extraordinarios, los términos podrían duplicarse por motivos fundados que se expresarán.

En esa ú otra forma, es aquella una circunstancia que convendrá prever, pero que en manera alguna constituye una razón contra el establecimiento de términos fijos, sin los cuales podría la Administración demorar indefinidamente la resolución definitiva de los asuntos.

Esta formalidad de los plazos fuera de los cuales los particulares quedan inhabilitados para ejercitar sus derechos, y adquieren por consecuencia carácter de firmes, providencias que en tiempo oportuno habrían podido ser objeto de algún reclamo, nos trae á considerar un nuevo punto, que es necesario precisar: nos referimos á los efectos de las resoluciones dictadas.

Esa cuestión puede ser considerada en tres fases, con respecto á la Administración, á la parte reclamante, y á terceros.

Del primero de esos puntos de vista, debemos observar que las providencias que la Administración dicta, nunca adquieren carácter firme para ella, que, como ya lo hemos dicho, tiene el derecho de reformar en todo tiempo sus resoluciones, según lo crea más conveniente, para los intereses públicos.

En virtud de ese derecho sucede con las mencionadas resoluciones, lo que dice Laferrière, hablando de los efectos que tienen para la Administración los fallos dictados en los recursos por exceso de poder, recurso que como se sabe, en algunas de sus aplicaciones—la de desviación ó abuso—concuerda con el recurso por perjuicio de intereses que aquí estudiamos: "Respecto de la Administración, la sentencia que rechaza el recurso, no impide que el acto sea revocado por su autor, ó anulado por el superior jerárquico. Dicha sentencia se limita, en efecto, á rechazar las alegaciones de la parte, para obtener la anulación contenciosa del acto; pero ella no da á ese acto ninguna nueva fuerza respecto de la autoridad administrativa que es libre de suprimirla antes ó después de la expresada decisión".

Cuando se dice, pues, que las resoluciones administrativas adquieren carácter firme, no se quiere significar que la adquieren para la Administración, sino para los particulares, según ahora vamos á verlo.

Pero antes debemos detenernos á considerar otra faz que presenta esta cuestión de los efectos que para la Administración misma producen sus propias resoluciones, faz aquella

que se relaciona con el carácter ejecutivo que tienen las providencias administrativas discrecionales.

¿Cuáles serán para aquella misma parte los efectos de la decisión del reclamo cuando resuelto éste favorablemente al reclamante, el acto lesivo ha sido ya totalmente consumado y no es posible que por un decreto revocatorio ó una providencia contraria vuelvan las cosas á su primitivo estado? Se comprende que, como una decisión semejante lleva aparejada la declaración tácita ó expresa de la ilegitimidad de perjuicio causado y de la violación del derecho del reclamante á que sus intereses no sean perjudicados sino en la medida que el bien común lo exija, el reclamante tendrá entonces derecho á una indemnización que será materia de una acción judicial si no fuese amistosamente arreglada con la Administración.

Esta solución coincide con la que indica Laferrière á propósito de las sentencias dictadas en el recurso por exceso de poder. Van en seguida sus palabras:

" ¿La anulación no tiene otro efecto que impedir en el futuro toda ejecución del acto, ó ella tiene efecto también sobre el pasado y obliga á la Administración á volver sobre una ejecución ya consumada? Distinciones son aquí necesarias.

Supongamos primero que el acto antes de ser anulado ha recibido toda la ejecución de que es susceptible, de manera que las cosas no pueden quedar en su primitivo estado. Que se tratase, por ejemplo, de un decreto ordenando la demolición de un edificio amenazando ruina, y que el edificio haya sido demolido. En presencia de un hecho consumado la única reparación que podría ser acordada sería una indemnización. Pero la anulación por exceso de poder no causa por sí misma un derecho á indemnización. La Administración puede, pues, resistir á la demanda de indemnización sin violar la cosa juzgada. Es un nuevo punto á debatir y no una cuestión sobre ejecución de la sentencia ".

¿Sería más acertado establecer que tratándose de actos ejecutados por la Administración en virtud de su poder discre

cional, de actos que ha podido ejecutar si creía que así convenia á los intereses públicos aun cuando se equivoque en esa apreciación, no debe aquélla tener responsabilidad alguna? Por lo que antes hemos dicho, no nos parece esa la verdadera solución jurídica del caso. Reconocemos sin embargo que la que hemos aceptado, de alguna garantia cuando el reclamo se resuelve por Colegios ó Consejos extraños á la Administración activa, puede resultar de escasa eficacia práctica cuando aquél se sigue ante esa misma Administración, á la cual la perspectiva de la responsabilidad puede hacer menos accesible á la estimación de los reclamos que ante ella se deduzcan.

De todos modos es evidente que la obligación de indemnizar no existe si el perjuicio sufrido fuese debido á la demora de la parte en deducir su acción. Para que la Administración tuviese la responsabilidad indicada, sería, pues, necesario que el reclamo se hubiese interpuesto dentro de un breve plazo que se fijaría al efecto, sin perjuicio de que como antes hemos dicho puede interponerse en todo tiempo, pero entonces sin más derecho la parte que á que la resolución favorable que obtenga, modifique las cosas para lo futuro, sin producir efecto alguno respecto de lo pasado.

En cuanto á los propios reclamantes debemos distinguir si la resolución les ha sido favorable ó contraria. Si ha sido favorable les aprovechará, pero sin que lo resuelto les dé, como ya sabemos, derecho alguno á alegar cosa juzgada contra la Administración. Si la resolución es contraria perjudicará al reclamante y hará cosa juzgada contra él ya que no es posible que se pueda estar repitiendo indefinitivamente una misma reclamación fundada en unos mismos motivos Lo que no quitará que la situación de ese reclamante resulte más tarde favorecida por un recurso entablado por un tercero con el mismo objeto y con los mismos ó distintos fundamentos, y si á consecuencia de ese reclamo, ó de oficio, dictase la Administración una providencia revocatoria de carácter general.

Y pasando finalmente á considerar los efectos con res-

pecto á terceros, recordaremos que según la legislación francesa las resoluciones dictadas en los recursos por exceso de poder, si bien cuando son contrarias no producen efecto alguno contra terceros, lo producen para todos, cuando el acto reclamado tiene carácter general y además la resolución es favorable; debiendo notarse todavía que ese efecto *ergaomnes* se produce no sólo respecto de los que fuesen perjudicados por el acto reclamado, sino también cuando dicho acto les fuera beneficioso, pues anulado por la resolución favorable del recurso, desaparece para todos. Este alcance, que como se ve, no tiene cabida en un recurso de carácter jurisdiccional como lo es en Francia el de exceso de poder, los autores franceses lo justifican ó lo explican como una consecuencia del carácter jerárquico administrativo que tuvo en su principio dicho recurso.

Por nuestra parte, y como ya lo hemos dicho, entendemos que todo reclamo por perjuicio de intereses no puede ser sino de carácter administrativo. No nos parece sin embargo que sea ése motivo suficiente para establecer preceptivamente que las resoluciones que en él se dicten producirán siempre efecto contra todos. A nuestro juicio es ése un punto que debe quedar librado á la prudencia administrativa, la que resolverá en cada caso si en mérito de las razones aducidas debe dictar una resolución de carácter general ó una decisión especial al que ha deducido el reclamo, no pudiendo en ningún caso los terceros ser perjudicados por una resolución dictada en mérito de gestiones en que no han intervenido, y las cuales por consecuencia no pueden inhabilitarlos para ejercitar sus acciones cuando lo consideren del caso.

Y así como una resolución general no podría perjudicar á terceros en el caso que acabamos de indicar, jamás podría hacerlo una resolución de carácter individual dictada en virtud de gestión también particular. Así por ejemplo, si se acuerda una pensión á tal persona por atribuírsele un estado civil que no tiene, nada impedirá que la que tenga verdadero derecho lo haga valer en forma y gestione la anulación de aquel otorgamiento indebido. Claro está que en ese caso

debería ser oído el tercero anteriormente favorecido, y que las cuestiones de jurisdicción ordinaria que entre ambas pudieran producirse, tales como la falsificación de documentos, sustitución de estado civil, etc., etc., deberán ser resueltas por la jurisdicción ordinaria previamente á la decisión administrativa que quedaría así aplazada en ese como en cualquier otro caso análogo, siempre que la Administración considerase necesario para la resolución á dictar, el esclarecimiento previo de aquellos puntos.

En cuanto al otorgamiento impugnado sólo podría quedar en suspenso cuando el nuevo reclamante garantiese los perjuicios que dicha suspensión pudiese ocasionar al primer favorecido, pues si esos perjuicios no se afianzaron, se podría iniciar una gestión sin más propósito que el dañar al que ya estaba en el goce de su derecho.

Si el tercero en vez de presentarse después de terminado el expediente en que se hubiese dictado la resolución impugnada, lo hiciese estando aquél aún en trámite, podría hacerlo en el mismo expediente ó separadamente. En el primer caso el tercerista tomaría la gestión en el estado en que se encontrara, aplazándose la resolución definitiva sólo si fuese necesario aclarar previamente algún punto de jurisdicción ordinaria; en el segundo se seguiría el trámite ordinario con audiencia de la parte impugnada ó del tercero á quien la nueva gestión pudiera perjudicar.

Con la firmeza de las resoluciones de los expedientes se relaciona otro punto no menos fundamental que es el de los recursos que contra aquéllas han de establecerse, recursos que no procederán contra los simples decretos de trámite, pero que respecto á las providencias resolutorias importan una garantía que debe ser acordada á los particulares tanto en el orden administrativo como en el judicial.

A menos, pues, que por graves razones se hubiese establecido lo contrario, las providencias definitivas serán siempre reclamables administrativamente en la forma que en seguida vamos á decir, sin perjuicio de que la parte opte por la vía judicial si la cuestión debatida fuese de derechos.

Los recursos administrativos serán en primer término los de revisión y apelación, á los cuales la citada ley española del 89 agrega el ordinario de queja por denegación del segundo.

El recurso de revisión se interpondrá contra las providencias dictadas en primera y única instancia por una autoridad que no reconozca superior jerárquico. Cuando ocurrirá esa es cuestión que dependerá del régimen administrativo imperante. Si éste fuese de autonomía absoluta, las Municipalidades serían la autoridad superior en las cuestiones locales y con su intervención se habrá agotado la vía administrativa. Si el régimen vigente fuese tan solo de una autonomía limitada, como es la que por ahora únicamente podría establecerse entre nosotros, entonces la autoridad superior sería siempre el Poder Ejecutivo. Y es obvio que tratándose de providencias que sean del resorte exclusivo de esa autoridad, tampoco habría contra ellas más recurso que el de revisión.

El recurso de apelación se interpondrá cuando se trate de una providencia dictada, como antes hemos dicho, por una autoridad de orden subalterno, y en ese caso la apelación se podrá interponer hasta haber agotado la vía administrativa, lo que se producirá cuando no exista autoridad superior ante la cual reclamar.

Las apelaciones en la forma que acabamos de indicar podrían dar por resultado que en ciertos casos los asuntos tengan tres instancias, aún cuando las dos primeras hubiesen sido resueltas en un mismo sentido Tal diferencia con el procedimiento ordinario se explica porque en este último caso los Tribunales superiores no tienen jurisdicción propia sobre los asuntos de que conocen los inferiores, mientras que en la jerarquía administrativa las autoridades superiores ejercen control sobre todos los actos de las inferiores. De ahí que en el primer caso se pueda limitar la vía judicial en cualquier grado sin cercenar ninguna facultad del superior, mientras que en el segundo si á título de que hay dos resoluciones conformes no se permitiera el agotamiento

de la vía administrativa, se impediría á la autoridad superior ejercer el control que como á tal le corresponde sobre los actos de las autoridades ó administraciones subalternas, á menos de disposición excepcional en contrario.

La apelación debe interponerse por medio de escrito fundado ante la autoridad que hubiese dictado la resolución reclamada, cuya autoridad elevará el expediente á la superior, con el informe correspondiente.

La apelación ante el Poder Ejecutivo cuando es en grado único, así como la revisión, deben ser resueltas con audiencia del Consejo de Ministros. La intervención de ese órgano, representaría para los particulares una garantía que puede y debe ser establecida en la ley, sin que á nuestro juicio obste para ello ninguna razón de orden constitucional. Se ha discutido si tal Consejo podría ser establecido con arreglo á nuestro Código Político, dado que éste ha instituído el Poder Ejecutivo en una forma completamente unipersonal; pero esa cuestión que podría plantearse y que debería ser resuelta negativamente si se tratase de limitar por aquel medio las facultades del expresado Poder, ésta fuera de lugar en nuestro caso en que el Consejo sería puramente consultivo, por manera que deja al Ejecutivo toda su independencia y libertad de acción.

Las apelaciones se resolverán con el escrito fundado del reclamante, el informe de la autoridad apelada, y sin otros nuevos medios de información, que los que la parte acompañase al interponer el recurso, ó los que la autoridad que debe resolverlo juzgue conveniente decretar, ya por iniciativa propia ó por indicación de la parte interesada.

Los Reglamentos españoles hechos en cumplimiento de la ya citada ley de 1889, establecen además dos recursos extraordinarios, el de queja que puede ser utilizado en cualquier estado del expediente, si no se diera curso á las reclamaciones ó se tramitasen con infracción de los reglamentos; y el de nulidad que se aplica en los siguientes casos: primero, si se recobrasen documentos decisivos y esenciales para la resolución del asunto detenidos por fuerza mayor ó por obra

de la parte en cuyo favor se hubiese dictado el acuerdo; segundo, si hubiese recaído éste en mérito de documentos respecto de los que ignorase una de las partes que habían sido reconocidos ó declarados anteriormente falsos, ó cuya falsedad se reconociese ó declarase posteriormente; tercero, cuando el acuerdo se funda en información de testigos y éstos fuesen condenados en causa criminal, como reos del delito de falsedad cometido al declarar en dicha información; y cuarto, si en causa criminal se declarase que la providencia administrativa se habrá obtenido injustamente en virtud de estrecha violencia ú otra maquinación fraudulenta.

Respecto del recurso de queja nos parece que sólo merece ser establecido en los casos en que no se diese curso á los reclamos. En todos los demás la parte no tendría interés en interponerlo, bien entendido sin embargo que si el expediente se paralizara por falta de resolución definitiva, lo que correspondería sería considerar ese silencio como una resolución denegatoria, contra la cual corresponderia el recurso judicial si dicha denegación lesionase los derechos del particular, ó el recurso jerárquico si sólo perjudicase sus intereses. En los demás casos, es decir, si se tratase de incompetencia ó infracción de los reglamentos, no hay en realidad motivo suficiente para hacer de esos vicios materia de un recurso de previo y especial pronunciamiento; bastaría con que la parte los alegase en su defensa, y si no fuese atendida le servirán de base para reclamar de la solución definitiva ya en la vía jerárquica, ó en la judicial, á que también habría lugar porque se trataría entonces de una resolución que si no en la cuestión de fondo, en la forma habría lesionado el derecho del reclamante. La solución que indicamos daría el mismo resultado práctico que el recurso de queja tal como lo establecen las disposiciones antes citadas; pero tendría la ventaja de ser más breve y tanto más razonable, cuanto que recién cuando se ha dictado providencia definitiva denegatoria, es que la parte puede tener verdadero interés en reclamar tanto de la resolución de fondo, como de los vicios de forma que causan la ilegalidad de aquélla.

En cuanto al recurso de nulidad nos parece innecesario para la Administración que conserva siempre el derecho de revocar sus resoluciones cuando el interés público lo exige, sin más limitaciones que la de indemnizar los perjuicios causados cuando por efecto de aquella revocación resultase lesionado algún derecho legítimamente adquirido, en virtud de contratos válidamente celebrados ó de disposiciones válidamente dictadas. No existiendo un interés público que aconsejase ó exigiese la revocación de una providencia anterior, la revocación ó anulación de ésta podrá ser gestionada por el particular á quien aquélla interese, pero no se ve á qué título podría decretarla y mucho menos gestionarla de oficio la Administración

Finalmente señalaremos como otros dos puntos que la ley general debe indicar á los reglamentos procesales especiales, la publicidad de las providencias resolutorias, y la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios; dos medios importantes de garantir la observancia de la ley, y la rectitud y acierto de los actos de la Administración.

Terminada aquí la exposición de la doctrina general sobre el tema de este Estudio, trataremos de completarla en todos sus detalles en la codificación que de la misma materia nos proponemos hacer en un segundo tomo.

Proyecto de un Código de Procedimiento Penal reformado

CONCORDADO Y ANOTADO

POR EL DOCTOR DAMIÁN VIVAS CERANTES

(Continuación)

CAPÍTULO II

Del cuerpo del delito

Artículo 60.—Cuando no hayan quedado huellas ó vestigios del delito ó falta que hubiese dado ocasión al sumario, el Juez instructor averiguará y hará constar, siendo posible, si la desaparición de las pruebas materiales ha ocurrido natural, casual ó intencionalmente, y las causas de la misma ó los medios que para ello se hubieren empleado, procediendo seguidamente á recoger y consignar en el sumario las pruebas de cualquiera otra clase que se puedan adquirir acerca de la perpetración del delito ó falta.

Conc.: art. 217 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 168 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 330 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 141 del Cod. de P. Penal Italiano.

Entiéndese comunmente por *cuerpo del delito* la cosa *en que* ó *con que* se ha cometido un acto criminal, ó en la cual existen las señales de él, por ejemplo, el cadáver de un asesinado, el arma con que se le hirió, la cosa hurtada en poder del que la sustrajo, el quebrantamiento

de puerta, la llave falsa, etc. Pero, en rigor, el *cuerpo del delito* no es otra cosa que la ejecución, la existencia, la realidad del delito mismo; y así, comprobar el *cuerpo del delito* no es más que comprobar la existencia de un hecho que merece pena. Las cosas que se citan como *cuerpo del delito*, son efectos, señales, vestigios, monumentos, comprobantes del delito, y no *su cuerpo*, dice Escriche.

Febrero Novísimo considera que *cuerpo del delito* no es, como exponen algunos, el efecto que resulta del hecho criminal, ni el instrumento con que éste se ejecutó, ni otras señales de su perpetración; así que las heridas, el puñal, el hallazgo de la cosa hurtada en poder del ladrón, el reconocimiento de la estuprada hecho por matronas, no deben llamarse *cuerpos de los delitos* de homicidio, hurto y estupro.

Estos son efectos, signos ó instrumentos, por cuya inspección se viene en conocimiento de haberse ejecutado un hecho prohibido y castigado por la ley, y esta ejecución es propiamente el *cuerpo del delito*... Cuando los autores dicen que los delitos se prueban por el reconocimiento del cadáver, por la inspección de las heridas, etc., se explican acertadamente.

El artículo 132 del Código de Instrucción Criminal de la República del Salvador, definiendo el *cuerpo del delito*, dice que: « No es otra cosa que el delito mismo, y averiguar el *cuerpo del delito* es lo propio que reconocer su existencia ó averiguar que lo ha habido».

Consistiendo, pues, dicho *cuerpo del delito*, en la efectiva ó material ejecución de un hecho criminal, algunos autores opinan que los delitos que se cometen contra los preceptos afirmativos *no tienen cuerpo*, porque la omisión, ó el dejar de hacer una cosa que la ley manda, es una negación de hecho. Pero en mi concepto, expresa el mismo Febrero, se han engañado, puesto que así como en los preceptos negativos la ejecución del hecho contrario á ellos constituye el delito y el cuerpo de él, del propio modo la omisión en los preceptos afirmativos es un *hecho de infracción* ó desobediencia, siendo claro que donde hay infracción debe haber *cuerpo del delito*, puesto que le constituye el mismo hecho con que se comete. La diferencia que se observa entre la infracción del precepto negativo y la del positivo, es que aquélla se prueba directamente, y ésta por medios indirectos. Para justificar un homicidio, el testigo puede decir que vió á N herir con un puñal á P; mas, para acreditar que B no oyó misa el día festivo, ningún testigo puede decir *vi á F no ir á misa*, pues lo que no es no se puede ver; pero, dirá, por ejemplo, todo aquel día estuve con C y D en tal paraje, donde no había misas.

Como todo delito consta de tres partes esenciales á saber: persona ó cosa ofendida, agente ofensor, é intención de ofender, estas mismas circunstancias se hallan en el *cuerpo del delito*, ya sea éste permanente ó transeunte. Llámase delito *permanente* aquel que deja signos visibles

de su perpetración, v. gr., el de homicidio, el de heridas, el de estupro, el de incendio, porque se ve el hombre muerto, el herido, la cosa quemada, la mujer desflorada. *Transeunte* es aquel que no deja señales en el ofendido, como la blasfemia, la injuria de palabra, y en los de hecho, una bofetada que no haya producido contusión.

«La base del procedimiento en materia penal es la comprobación de la existencia de un hecho ó de una omisión, que la ley repute delito ó falta», dice el artículo 207 del Código de Procedimiento Criminal Argentino.

«El cuerpo del delito, ó falta, según el artículo 133 del Código de Instrucción Criminal de la República del Salvador, es la base y fundamento del juicio criminal, y sin que esté comprobado no puede elevarse á plenario la causa, excepto en el caso del artículo 197. (1)

La existencia del delito es la base de todo procedimiento criminal. La base de todo juicio criminal es la justificación de la existencia del hecho ú omisión que constituye el crimen ó delito, dice el artículo 137 del Código de Instrucción Criminal de la República Oriental del Uruguay. Y en tales términos, debe ser así que, aún cuando alguien confesare haber cometido delito, sería nulo ó vano su aserto si no se comprobase legítimamente la existencia del mismo. El *cuerpo del delito* es la cabeza y fundamento de todo proceso criminal; porque mientras no consta que ha habido un delito, no se puede proceder contra persona alguna. Antes de buscar un homicida, es necesario tener la seguridad de que se ha cometido un homicidio, pues proceder contra el autor de un crimen que no consta haberse realizado, es lo mismo que buscar la causa de un fenómeno que no aparece.

Así lo dicta el buen sentido y lo establecen las legislaciones del mundo civilizado, que no se podrá proceder contra ninguna persona por delito, si éste no está probado ó si no existe, al menos, la semi-plena prueba de él; para evitar el peligro de perseguir á personas inocentes por trasgresiones imaginarias ó figuradas. Ha sucedido muchas veces que habiendo desaparecido de repente ciertos individuos, han sido tenidos por muertos y reaparecieron al cabo de algún tiempo después de haber perecido en el calabozo los supuestos reos á quienes se había acusado de su homicidio. En Dijón (Francia), refiere Escriche, fué condenado un joven á la pena de muerte por la presunción que se tuvo de que había quitado la vida á otro joven con quien había cenado la víspera de un viaje que iba á emprender sin noticia de su familia, y cuatro ó cinco meses después de la ejecución de la sentencia

(1) «Artículo 197.—...si en el proceso hubiere suficiente mérito para elevarlo á plenario y además obrasen una ó más declaraciones á favor del reo, ó se hubiere tachado testigos del informativo, el juez de derecho se abstendrá de apreciar esta prueba para sobreseer, y corresponde al jurado calificarla para decidir si están ó no comprobadas la existencia del delito y la criminalidad del procesado».

regresó el joven ausente, para eterno remordimiento de los jueces que creían haberle vengado.

Art. 61.—Cuando el delito fuese de los que no dejan huellas de su perpetración, el Juez instructor procurará hacerlo constar por declaraciones de testigos; y se hará su comprobación y la de sus circunstancias, por esta misma prueba y otras, como ser las presunciones derivadas de los antecedentes conocidos.

Conc.: Art. 154 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 218 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 311 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 151 del Cód. de P. Penal Italiano.

En este artículo pueden tenerse por comprendidos los delitos que habiendo dejado huellas, verdaderas pruebas materiales de su perpetración, éstas se han desvanecido por la acción de la naturaleza ó del tiempo, casual ó intencionalmente.

Teniendo establecidas el Código Penal de la Rep. O. del Uruguay, condenaciones apropiadas á los que encubren los efectos del delito ú ocultan los agentes, los medios de que éstos se han valido para cometerle, de ahí la importancia que tiene el dejar constancia en el sumario, siendo posible, de la forma cómo se ha verificado la desaparición de las huellas del delito.

Las pruebas *materiales* ó *reales* son datos que se fundan en objetos subordinados á la acción de los sentidos; se distinguen de las pruebas *morales*, que se fundan en el testimonio ó certificación de las personas. Las primeras son pruebas de demostración; y las segundas son sólo de confianza; por ello, éstas deben considerarse secundarias, accesorias y supletorias respecto de las otras, que son principales.

Si en un hecho concurriesen varias circunstancias susceptibles, unas de la prueba material ó real, y otras, de la moral ó personal, debe hacerse la justificación de cada una por el medio de que sea susceptible; y otro tanto ha de practicarse cuando parte de un hecho ó de una circunstancia se pueda acreditar por la comprobación material y la otra sólo por la moral ó supletoria.

La determinación de si las huellas del delito ó falta han desaparecido por la voluntad del hombre, ya sea éste el delincuente ó un tercero, tiene suma importancia, porque en ella está la clave de poder saber más tarde dónde están ocultas esas huellas, y si no, en qué consisten y por qué medios se transformaron ó desfiguraron, que todo esto puede suceder y dar indicios sobre la capacidad del agente encubridor, sus hábitos y otros datos conducentes al descubrimiento de los criminales.

Art. 62—En los delitos de robo ó hurto, para justificar la substracción de la cosa robada ó hurtada, á falta de testigos ó presunciones ó instrumentos que hagan semiplena prueba del delito, se admitirá la declaración jurada del que se dice dueño de aquella cosa, siendo persona de notoria honradez y buena conducta, y que además por su estado haya podido estar en posesión de las cosas que se dicen hurtadas ó robadas, sin perjuicio de las responsabilidades que contraiga si hace denuncia falsa ó maliciosa.

Conc.: art. 155 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay — art. 220 del Cód. de P. Crim. Argentino — art. 180 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 364 de la Ley de Enj. Crim. Española — art. 138 del Cód. de P. Penal Italiano.

Esta disposición la tomamos casi textualmente del artículo 155 del Código de Instrucción Criminal de la República Oriental del Uruguay, primera parte. Omitimos tomarla de la segunda, que conceptuamos incongruente é ilógica.

La aprehensión de los presuntos autores de hurto ó robo, no tiene ni debe tener exclusivamente por objeto el asegurar los efectos de una sentencia; debe tener, como en los demás casos de delito, el de asegurar los medios de comprobación, que mediante la libertad del ladrón podrían desaparecer ó ser ocultados. De ahí la conveniencia en no hacer excepción, tratándose de estos delitos, aún en el supuesto especialísimo del mencionado artículo.

Además, ¿por qué si establece esta disposición serias responsabilidades para el que hiciere denuncia falsa ó maliciosa, no incluye en el número de éstas á las que se deriven de la aprehensión consumada?

No alcanzamos á comprenderlo.

Es indudable que á la declaración de una víctima de robo ó hurto, honrada notoriamente, de antecedentes insospechables, que ha podido por su estado ser poseedora de la cosa sustraída, por fuerza de las circunstancias, por la falta absoluta de otro dato que pueda fundar las primeras diligencias de un sumario y hasta la utilísima detención del presunto ladrón, hay que atribuirle los caracteres de la semiplena prueba.

De no, se correría el riesgo, frecuentemente, de dejar burlada la acción de la justicia, y por el prurito de amparar la libertad individual, la propiedad sería el objeto predilecto de los delincuentes, á ella dirigirían sus preferentes afecciones la holgazanería y el vicio, á la sombra de la clandestinidad y por ende de la impunidad más segura.

Los perjuicios, en cambio, que de falsa ó maliciosa declaración se

siguiesen, podrían muy bien ser subsanados por la efectiva responsabilidad del declarante.

Art. 63—Todo Juez de Instrucción que tenga conocimiento de haberse ejecutado un delito ó falta que apareje acción pública, ya por ser notorio, ya por denuncia formal, deberá constituirse al lugar del suceso inmediatamente, haciendo consignar detalladamente en un acta los hechos que constituyan el delito ó falta, las circunstancias locales y personales que le rodean, las declaraciones de los allí presentes, en fin, todo aquello que ilustrare para descubrir la verdad de lo ocurrido y sus autores. Igualmente se procederá por querella de parte agraviada, en los casos en que ella sólo pueda tener lugar.

Todas las diligencias que se relacionen con la inspección ocular de que tratan artículos anteriores, se extenderán por escrito en el acto mismo de la inspección, y serán firmadas por el Juez instructor, por el Fiscal asistente y las personas que en carácter de testigos concurrieren, como también dos de las otras presentes y el Escribano Público que actúe.

Conc.: art. 149 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay — art. 26 del Cód. de P. Crim. Boliviano—art. 159 del Cód. de P. Crim. del Japón.

Concuerda este artículo con el 149 del Código de Instrucción Criminal de la República O. del Uruguay.

Sin embargo, creemos pertinente establecer de manera clara, que no ofrezca dudas, que la obligación de constituirse los Jueces de Instrucción al lugar del delito, para consignar en acta por diligencia, los hechos, fenómenos reales ó personales que observen, lo mismo existe, ora se trate de delito ó falta pública, ora de aquellas trasgresiones que sólo den lugar á acción privada, con tal que haya querella del damnificado.

En realidad, se trata de hacer constatación fidelísima de un acto del cual surgirán los primeros destellos de verdad que fuere necesario descubrir respecto de la consumación de un hecho ú omisión punibles. Debe haber una sola acta que los señale detalladamente y sea la expresión de su unidad. Varias actas harían confuso el conjunto de detalles que proceden de una sola diligencia judicial.

Suponemos que ésta se verifica sin interrupción; que si la hubiere, deberá ponerse nota de su ocurrencia y causal, cerrándose el acta respectiva como si no hubiese más que expresar en ella; pero abriendo otra para consignar las noticias y datos que nuevas observaciones ó declaraciones sugieran al reanudarse la inspección local, ya sea en el día de la anterior ó en otro. Entonces, no un acto sino varios se habían realizado; á actos distintos, separados entre sí, corresponderán *actas* distintas, separadas.

Art. 64—Cuando al practicarse las diligencias enumeradas en los artículos anteriores, hubiere alguna persona declarada procesada por el hecho punible, podrá presenciarlas acompañada del defensor que tuviere, si así lo solicitare; y uno y otro podrán hacer en el acto las observaciones que estimen pertinentes.

Al efecto se pondrá en conocimiento del procesado y su defensor, siempre que no hubiere de entorpecerse la acción de la justicia, el auto que ordene la inspección.

Por falta del procesado y su defensor no se suspenderá dicha inspección.

Conc.: art. 168 del Cód. de P. Crim. del Japón.

La inspección á que se refiere el artículo anterior podrá ser presenciada por el reo asistido de su defensor.

En ella podrán tanto el reo como su defensor, hacer las observaciones que creyeren pertinentes. Al efecto se pondrá, en su caso, en conocimento del procesado y su defensor el auto que ordenare tal diligencia.

Si el procesado estuviese preso, manifestada por escrito su voluntad, ó la de su defensor, de concurrir á la inspección, el Juez mandará que bajo segura custodia se le lleve á su presencia donde corresponda. Esto no es necesario que lo diga el artículo que comentamos, es un procedimiento corriente, que fluye de la ley y de la práctica ordinaria. Se entiende, además, que la noticia al reo y su defensor se ha de dar en cuanto no perjudique el éxito que se busca, y que la falta de concurrencia del procesado y su defensor al sitio indicado para la inspección, no será causa de suspensión ni de nulidad de esta diligencia.

Ésta tampoco será nula por falta de citación ó notificación á esos interesados, que, como se ha visto, se deja al arbitrio judicial verifi-

carla según convenga ó no; pues no es un requisito *sine qua non*, cuya omisión resulte insubsanable y fatalmente imponga sacrificio ó perjuicio al procesado.

Las disposiciones de este artículo 64 acusan mayor liberalidad á favor de los desgraciados que caen bajo el brazo de la justicia penal, que la legislación que hasta ahora nos rige. Es un medio que se les concede para que intervengan en los principios de su enjuiciamiento, para que desde entonces puedan defenderse, y no sea ilimitada y arbitraria la vindicta social; para que puedan aprovecharse de todos los adminículos lícitos y dignos de la defensa, que de otro modo serían ilusorios ó quizás intervenidos por el Ministerio Público.

Art. 65—El Juez instructor procurará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos ó efectos de cualquiera clase, que puedan tener relación con el delito ó falta y se hallen en el lugar en que se cometió, ó en sus inmediaciones, ó en el poder del reo ó de otra persona, ó en sitio conocido; extendiendo diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren; describiéndolos minuciosamente.

La diligencia respectiva será firmada por las personas en cuyo poder sean hallados, ó en su defecto por dos testigos, notificándose á las mismas el auto en que se mande recogerlos.

Conc.: arts. 211 y 215 del Cód. de P. Crim. Argentino — art. 35 del Cód. de I. Crim. Francés — art. 124 del Cód. de P. Penal Italiano — arts. 30, 31 y 32 del Cód. de P. Crim. Boliviano — art. 162 del Cód. de P. Penales Paraguayo — arts. 94 y 95 del Cód. de P. Crim. Alemán — art. 160 del Cód. de P. Crim. del Japón.

Art. 66—Siendo habida la persona ó cosa objeto del delito, el Juez instructor describirá detalladamente su estado y circunstancias, especialmente todas las que tuviesen relación con el hecho punible.

Si por tratarse de delito de falsificación cometida en documentos ó efectos existentes en dependencias del Estado, hubiere imprescindible necesidad de tenerlos á la vista para su reconocimiento pericial y examen por parte de los Jueces

ó Tribunales, se reclamarán á las correspondientes autoridades, con cargo de devolverlos en la mejor oportunidad.

Conc. : art. 209 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 159 del Cód. de P. Penales Paraguayo — art. 335 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 160 del Cód. de P. Crim. del Japón.

Art. 67—En los casos de los dos artículos anteriores, ordenará también el Juez instructor el reconocimiento por peritos, que nombrará siempre que esté indicado para apreciar mejor la relación con el delito ó falta, de los lugares, armas, instrumentos y efectos á que esos artículos se refieren; haciéndose constar por diligencia el reconocimiento y el informe pericial

A esta diligencia podrán asistir también el procesado y su defensor, en los términos expresados en el artículo 64.

Conc.: art. 336 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 160 del Cód. de P. Penales Paraguayo y 179 de ídem.

Art. 68—Cuando en el acto de describir la persona ó cosa objeto del delito, y los lugares, armas, instrumentos ó efectos relacionados con el mismo, estuvieran presentes ó fueren conocidas personas que pueden declarar acerca del modo y forma con que aquél hubiese sido cometido, y de las causas de las alteraciones que se observaren en dichos lugares, armas, instrumentos ó efectos, ó acerca de su estado anterior, serán examinadas inmediatamente después de la descripción y sus declaraciones se considerarán como complemento de ésta.

Podrá el Juez ordenar que no se ausenten dichas personas durante las diligencias respectivas, bajo la pena imponible á los testigos rebeldes.

Conc.: arts. 213 y 214 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 164 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 337 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 69—Los instrumentos, armas y efectos á que se

refiere el artículo 65, se sellarán, si fuere posible, acordando su retención y conservación.

Las diligencias á que esto diere lugar se firmarán por las personas en cuyo poder se hubiesen hallado, y en su defecto por dos testigos.

Si los objetos no pudieren por su naturaleza conservarse en su forma primitiva, el Juez resolverá lo que estime más conveniente para conservarlos en el mejor modo posible.

Si entre los objetos recogidos se encontraren cosas ó vasos sagrados, el Juez mandará que sean separados de los demás y guardados aparte, evitando toda profanación.

Conc.: art. 215 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 166 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 338 de la Ley de Enj. Crim. Española.

El artículo 65 dispone que en los primeros momentos de cometido un delito ó una falta, se recojan las armas, instrumentos y efectos que puedan tener relación con ellos. Podría preguntarse si los efectos ó instrumentos del delito que no tengan relación directa con él y sí, empero, sirvan para probar su perpetración y la culpabilidad de los delincuentes, pueden recogerse también. Nuestro artículo no distingue entre relación directa é indirecta con el delito ó falta.

Baste que esos objetos, sean de la clase que fueren, puedan llevar al descubrimiento ó al fin que se persigue en el sumario, para que el instructor se apodere de ellos, sin demora, ya se encuentren en el lugar del suceso ó fuera de él, en poder de los delincuentes presuntos ó de otras personas, etc.

Recogidos que sean, debe extenderse diligencia en la que se determine clara y precisamente el día, hora, lugar y persona en que se encontraron; las circunstancias del hallazgo ó de la entrega, expresándose quién la hace; quien tal sea deberá firmar la diligencia respectiva; y si no pudiese por impedimento físico ó por no saberlo hacer, ó si no quisiera, se hará constar. Dichos objetos se describirán minuciosamente, con todos sus accidentes, para que pueda tenerse idea exacta de ellos y del uso que hayan tenido, como de las demás circunstancias y relaciones que revelen, dignas de estudio para la comprobación del delito ó falta y su gravedad.

La notificación del auto que mande recoger dichos objetos que se hallaren en poder de alguna persona, se hará, en el caso en que ésta se halle ausente del lugar donde estuviese actualmente el Juez instructor, en la forma del artículo que comentamos; porque en el caso de encon-

trarse junto, inmediato y presente, bastará la imposición ó el mandato verbal del Juez, para que sin más trámite verifique la entrega ó se le apremie; de manera que en este caso el auto sería innecesario y su notificación lo mismo, á más de ser dado á demoras cuando la celeridad es más indispensable que nunca. Naturalmente, ese auto tampoco tiene razón de ser cuando la entrega del objeto se hace espontáneamente por la persona que lo detentaba.

El examen prolijo y reposado de la cosa objeto del delito es de absoluta necesidad, muy particularmente tratándose de comprobar el delito de falsificación de documentos públicos ó efectos existentes en Oficinas del Estado. Éstos deben encontrarse á entera disposición del Juez instructor, mientras pueda el curso del sumario sugerirle el propósito de verlos ó hacerlos examinar. Si no estuvieran en su poder, y fuesen muchas las veces que tal se le sugiriese, calcúlese el número de autos que tendría que dictar, oficios que librar, otros requisitos que llenar antes de satisfacer sus deseos ó intenciones y cuánto tiempo habría de perderse, y cuántos riesgos correría de más el objeto ú efecto al andar de mano en mano, de lugar en lugar. Por otra parte, estando en continuo poder del Juez instructor, mientras él lo creyese útil, hallaríase mejor garantido y tal vez libre de las asechanzas de secuestro ó destrucción á que estaría tentado el empleado, ó jefe de la Oficina, comprometido en el delito que se indaga.

El Código de Instrucción Criminal patrio no tiene disposición expresa sobre este particular; pero, como en lo que él omite tocante al procedimiento, se observará lo dispuesto por otras leyes de la República, siempre que directa ó indirectamente no se opongan á lo que él prescribe (artículo 425), tenemos que respecto del punto en cuestión rige actualmente el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil, que dice así: *Para ninguna prueba se sacarán de las oficinas de los Escribanos ni de archivo alguno los libros ó papeles originales, los cuales sólo se presentarán en testimonio expedido por las personas á cuyo cargo esté la custodia de ellos*, etc. De manera que forzosamente hanse visto y se verán los Jueces instructores en la necesidad de trasladarse á dichas oficinas para examinar personalmente documentos, libros, etc., en casos de falsificación; como han tenido y tendrán que hacerlo los peritos.

Las declaraciones que se citan en el artículo 68 del Proyecto son un complemento de la diligencia de descripción que en el mismo se ordena; por ello han de ser de testigos presentes al acto, ó que conocidos, se hallen cercanos, en las inmediaciones del lugar del suceso, pudiendo ser llamados á él verbalmente y llevados durante la diligencia respectiva; pues de lo contrario, ésta no terminaría, quedaría trunca y habría que repetirla para que los testigos que deben declarar sobre los extremos que se mencionan en dicho artículo y en su anterior, puedan deponer á la vista de los objetos ó del lugar sobre que hubiese de versar su declaración.

El artículo 69 establece algunos requisitos para la guarda de las armas, instrumentos y efectos á que se refiere el artículo 65. Como éstos pueden ser tantos y de tan variada calidad, los jueces usarán el medio de guardarlos más seguro y capaz de evitar su adulteración. En lo posible, sellarlos es un procedimiento que debe ser á todos común. El sello garantiza la identidad del objeto y dificulta la sustracción ó el cambio.

Para que no haya profanación, por el respeto que se merecen las creencias religiosas, el Juez mandará que los objetos sagrados que pertenecen al culto, sea este católico ó cualquier otro de los tolerados en el país, sean separados de los que no lo son y guardados en lugar reservado.

Art. 70 — Si fuere conveniente recibir algún informe pericial sobre los medios empleados para la desaparición del cuerpo del delito, ó sobre las pruebas de cualquiera clase que en su defecto se hubiesen recogido, el Juez lo ordenará inmediatamente del modo prevenido en el Título XXIV, Capítulo VIII.

Conc.: art. 179 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 339 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Ya hemos visto que cuando el cuerpo ó los efectos que tengan relación con el delito ó con la culpabilidad que le es propia, hayan desaparecido, será preciso hacer constar por todos los medios posibles si la desaparición es casual, natural ó intencional. Uno de los medios más eficaces á ese fin, es la información pericial. El peritaje se efectuará en la forma que se previene en el Capítulo VIII del Título XXIV del Proyecto.

Art. 71 — Si la instrucción tuviere lugar por causa de muerte violenta ó sospechosa de criminalidad, antes de procederse al enterramiento del cadáver ó inmediatamente después de su exhumación, hechas las descripciones del caso, se identificará por medio de testigos que, á la vista del mismo, den razón satisfactoria de su conocimiento.

Conc.: art. 219 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 171 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 340 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 126 del Cód. de P. Penal Italiano—art. 88 del Cód. de P. Crim. Alemán.

Art. 72 — No habiendo testigos de conocimiento, si el estado del cadáver lo permitiera, se expondrá al público, antes de practicarse la autopsia, por tiempo á lo menos de 24 horas, expresando en un cartel que se fijará á la puerta del depósito exhibitorio de cadáveres, el sitio, hora y día en que aquél se hubiese hallado, y el Juez que estuviese instruyendo el sumario, á fin de que quien tenga algún dato que pueda contribuir al reconocimiento del cadáver ó al esclarecimiento del delito y de sus circunstancias, lo comunique al Juez instructor.

Conc.: art. 220 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 171 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 341 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 127 del Cód. de P. Penal Italiano.

Art. 73 — Cuando á pesar de tales prevenciones no fuere el cadáver reconocido, recogerá el Juez todas las prendas del traje con que se le hubiere encontrado, á fin de que pueda servir oportunamente para hacer la identificación.

Conc.: art. 221 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 173 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 342 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 74 — En los sumarios por muerte violenta ó sospechosa de criminalidad, aun cuando por la inspección exterior pueda presumirse la causa de la muerte, se procederá á la autopsia del cadáver por los Médicos Forenses, ó en su defecto ó ausencia, ó en los casos de impedimento ó recusación, por los facultativos que el Juez designe; los cuales, después de describir exactamente dicha operación, informarán sobre el origen del fallecimiento y sus circunstancias.

Los Médicos Forenses supernumerarios estarán sujetos á las mismas obligaciones que los titulares, en caso de ser solicitados.

Conc.: art. 222 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 174 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 343 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 130 del Cód. de P. Penal Italiano.

Cuando el sumario se instruya por causa de muerte violenta, es decir, por homicidio, ó infanticidio, ó sea por acto del hombre criminal, ó se sospeche este origen, deberá siempre practicarse autopsia del cadáver, ya antes del enterramiento, ya después si lo permitiera su estado.

Ante todo, debe proceder la más perfecta comprobación de la muerte. Esperar á que transcurran 24 horas desde el fallecimiento, para practicar las autopsias, como está dispuesto en la ley de la materia en España, puede ser altamente perjudicial á los fines del sumario. La autopsia debe darnos un dáto inequivoco sobre la verdadera causa de la muerte; ella nos revelará si se trata ó no de un crimen en los casos dudosos. De manera que esto urge para que los jueces den curso al sumario y preparen el juicio penal con base suficiente y segura.

Ha coincidido á veces la ruptura de una aneurisma, ó un fenómeno de congestión cerebral, con la perforación producida por un arma de fuego. Examinada esta herida se ha visto que no ha lesionado ningún órgano de cuya lesión pueda provenir la muerte que, por otra parte, sólo ha sido causada por aquella congestión ó por la ruptura de la aneurisma.

Sin embargo, sería injusto atribuir los efectos de todo un homicidio al sujeto que hubiese tan sólo herido á otro víctima á la vez de un fenómeno patológico como los expuestos.

Más de una ocasión se ha discutido la verdadera causa de una muerte en el caso de violencia.

En nuestro foro, sin ir muy lejos, el doctor Luis Melián Lafinur, defensor de Avelino Arredondo acusado por el homicidio del Presidente de la República don Juan Idiarte Borda, hizo un capítulo de excepciones á favor de su defendido, de la circunstancia de no haberse hecho la autopsia del cadáver del malogrado Presidente, pues que alegó que éste, bien pudo haber muerto por una causa extraña á la herida de bala del revólver de su presunto matador. Y así se vió que dos miembros del jurado de primera instancia en la causa, firmaron discordes el veredicto condenatorio, manifestando *que no estaba probado* CIENTÍFICAMENTE *que la muerte de Idiarte Borda haya sido producida por el tiro del procesado.*

Aún cuando de la inspección de un órgano resulte comprobada la causa de la muerte, sin embargo, dice Yáñez, deben continuarla los médicos peritos para evitar que el abogado defensor diga que como no han inspeccionado, por ejemplo, más que el cerebro ó los pulmones, si hubiesen seguido investigando sería distinto, es decir, arribarían á conclusiones diversas sobre el mismo hecho.

Las autopsias judiciales comprenden dos actos importantes:

1.º Estudio del hábito exterior del cadáver.

2.º Abertura del cadáver para apreciar las lesiones que afecten los órganos.

El hábito consiste en todo lo que se encuentra envolviendo, ó á mayor ó menor distancia del cadáver y que puede haber estado en relación con él; los vestidos, la actitud, debiendo constatarse si es propia del cadáver, ó si éste ha sido colocado en ella después de muerto el sujeto; todas las modificaciones que pueden presentarse en la superficie exterior del cuerpo y en sus aberturas naturales.

El estudio de este hábito debe preceder á la abertura del cadáver.

Hay conveniencia en que el Juez de Instrucción se constituya siempre al sitio del suceso, acompañado del Médico Forense ó de un sustituto, para que allí, el facultativo estudie ese hábito y tome nota de todos sus caracteres, antes que nadie los modifique.

Diremos con el médico legista nombrado, que la muerte tiene un lenguaje que para el hombre observador es significativo, tanto como el dialecto más usual.

Con todo, no es el cadáver solo, su fisonomía alterada por el terror ó tranquila, los que pueden revelarnos si la muerte se produjo con la imposición del terror ó no, con ó sin sorpresa, etc.

No es el cadáver quien nos habla, á veces, sino su actitud, sus vestidos, las condiciones del terreno á diversas distancias. Así, por ejemplo, hallado un sujeto muerto en despoblado, puede saberse si fué ó no asesinado en aquel punto ó en otro más ó menos distante, porque de su postura actual inducirán el Juez y el médico legista si fué trasladado allí después de muerto ó antes de morir ó si allí cayó cuando fué fulminado por el puñal. Podrá también determinarse si se trata ó no de un homicidio ó de un suicidio, si ha habido riña ó no, por los rastros de sangre que se encuentren, de pasos, ó arañazos, ó contusiones, ó rasgaduras, ó desgarros de ropas y carnes.

Debemos observar que en el informe de la autopsia debe hacerse constar en términos inequívocos la causa ó causas de la muerte, y para ello es de todo punto indispensable que los médicos forenses hagan el más concienzudo estudio del cadáver, no bastando determinar que en un sitio dado existe una causa de muerte, sino que es necesario hacer constar que no existe otra, ó si existe, cuál es, y los demás síntomas de afección que haya sufrido en vida la persona de que se trate y que haya podido apresurar ó determinar su muerte, conjuntamente con la lesión punible.

Nunca deberá prescindirse de la autopsia, aún cuando por la inspección exterior se pueda presumir la causa de la muerte.

En cierta ocasión y en documento que tenemos á la vista, fechado el 11 de Enero de 1889, el Consejo de Higiene de Montevideo decía que *la diligencia, pericia y exactitud de un reconocimiento médico legal son tan necesarias tratándose de un cadáver como cuando se trata del examen de un enfermo.*

Hemos hablado de Médicos Forenses en el supuesto de que en cada

distrito jurisdiccional del Juez de instrucción lo hubiere. Pero es dable que no lo haya ó que esté ausente, ó que se inhiba por razones suficientes, como ser parentesco con la víctima ó con el victimario, ó amistad íntima, ó impedimentos de orden moral; como pudiera ser que estuviese físicamente impedido por causa de enfermedad; también puede que fuese recusado; y en tales casos es urgente que el Juez sumariante designe otros médicos, que conviene sean por lo menos tres si los hubiese en el lugar, los cuales deberán conjuntamente practicar el peritaje que se les encomiende y si sus opiniones fuesen discordantes, podrán informar por separado.

Volviendo á la defensa del doctor Lafinur, dado su interés científico, porque tanto se relaciona con la materia que tratamos, tomamos de ella los siguientes párrafos: «Sin autopsia, sin examen anatómico es imposible conocer los efectos producidos por herida de arma de fuego.

«Una afección cardíaca cuya existencia jamás se hubiese sospechado ha podido producir el estallido por singular coincidencia en el momento preciso en que el presunto homicida abocaba su arma y apretaba el gatillo para hacer la herida que no se sabe ni se sabrá nunca si fué grave ó leve...

«La medicina legal ha dicho su última palabra en este punto: sin autopsia no cabe criterio médico sobre la intensidad de una herida. Y el certificado del doctor Grolero, fundado en informes verbales y en *probabilidades*, no tiene la más mínima importancia ni como prueba del homicidio ni como conclusión científica.

«Me han dado la razón sobre esto los distinguidos profesores de Medicina doctores Navarro y Regules, honra y prez el primero, de los facultativos uruguayos, y aplaudido catedrático de medicina legal el segundo, los cuales, dentro del término probatorio, produjeron el siguiente informe, que me excusa de toda insistencia sobre que no hay prueba de que don Juan Idiarte Borda muriese á consecuencia de la bala de Arredondo.

«Hablan los notables médicos: «Los que suscriben tienen el honor de evacuar el informe que usted se sirvió pedirles sobre si puede ser prueba médico-legal de la muerte del señor Idiarte Borda por herida de arma de fuego, el certificado de f. 123 expedido por el señor doctor Grolero.

«Ellos piensan que no es posible, en ausencia de autopsia, llegar á las conclusiones á que el señor médico legista arriba.

«En efecto: poco vale el argumento sacado de la rapidez de la muerte, que puede haber sido instantánea ó muy rápida sin que ningún vaso de la región haya sido interesado.

«El argumento que se podría sacar de la situación del orificio de entrada de la bala tampoco es concluyente, puesto que la dirección de

un proyectil no está sujeta á leyes matemáticas, y pudo muy bien el proyectil desviarse y seguir un camino que no es el que se supone en el presente caso.

« Está bien probado en efecto que en cualquier parte del organismo la situación del orificio de entrada no permite asegurar cuál ha sido el trayecto seguido por el proyectil, pues que ese trayecto no sólo depende de las cualidades intrínsecas del proyectil, es decir, de su fuerza, sino también de la resistencia que opone la región.

« En consecuencia, pues, no es posible afirmar cuál ha sido la dirección de la bala; ¿hirió el corazón, la aorta, ó la vena caba?, ó no hirió ningún vaso del mediastino? Sólo la autopsia hubiera podido revelar esos puntos.

«Nuestra afirmación es tanto más exacta, tanto más firme, que sin autopsia no se puede afirmar cuál ha sido la dirección del proyectil, sino que ni se puede afirmar que el proyectil ha interesado ningún órgano, ningún vaso cuya existencia íntegra sea necesaria para la vida, puesto que la muerte puede ser una simple coincidencia Está probado, en efecto, que un sujeto puede morir instantáneamente al creerse herido, sin que haya sido herido realmente, ó cuando la herida que le ha sido hecha no interesa sino la piel. Por no citar más que un ejemplo, recordaremos que los enfermos que tienen una angina de pecho, enfermedad que puede no haberse revelado con ningún síntoma anteriormente, mueren por la más simple impresión moral ó física recibida.

«Los infrascriptos creen, pues, que no es posible, con el simple certificado del doctor Grolero, afirmar que la muerte de don Juan Idiarte Borda ha sido debida á ruptura de un vaso por el proyectil».

« Queda, pues, evidenciado, por boca de la ciencia, sigue diciendo el doctor Lafinur, que la muerte de Borda es y será eternamente un misterio, porque en ausencia de estudio anatómico que falta en el proceso, siempre resultará una coincidencia la de la muerte de Borda ante la agresión de Arredondo, que bien puede ser y será sin duda una de tantas muertes por síncopes nerviosos, como consecuencia de emociones de cólera, miedo y aun alegría, ó por lesión orgánica hasta entonces oculta.

« Las memorias militares y las historias anecdóticas están llenas de episodios fúnebres por razón de coincidencias. Leía hace poco en el diario de un general francés esta referencia: tomado infraganti un soldado en acto de pillaje, su jefe ordenó el simulacro de un fusilamiento para perdonarlo después de la descarga con pólvora sola; el hombre había caído exánime, y ante la idea de que alguno de los ejecutantes por descuido hubiese puesto una bala en el fusil, examinó el cadáver, que no tenía ni un rasguño: el soldado había muerto por la impresión simplemente de que iba á morir, ó por una lesión orgánica que por coincidencia estalló en el momento de la inofensiva descarga».

Art. 75 — Unos y otros dependerán como auxiliares de la Administración de Justicia, directamente de los Jueces, y deberán expedir sus informes por mandato de dichos Jueces ó apenas tengan noticia oficial de la policía ó del Juzgado, de la comisión de un delito, para cuya comprobación, como para la determinación del delincuente, sea necesario el examen ó el informe médico legal.

En tales ocasiones su morosidad injustificada será penada con 50 á 200 pesos de multa ó con suspensión prudencial que decretará el Juez competente, y por su inobediencia incurrirán en las penas propias del desacato.

Art. 76 — El Médico Forense estará obligado á practicar todo acto ó diligencia inherente á su profesión é instituto con el celo, esmero y prontitud que la naturaleza del caso exija y la Administración de Justicia requiera.

Conc.: art. 347 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 77 — Con el nombre de Médico Forense habrá en cada Departamento uno ó más facultativos, médicos-cirujanos, encargados de auxiliar á la Administración de Justicia en todos los casos ó actuaciones en que sea necesaria ó conveniente la intervención ó servicios de su profesión y ciencia.

Su nombramiento se hará por el Supremo Tribunal Pleno.

Conc.: art. 344 de la Ley de Enj. Crim. Española

Art. 78 — Cuando en algún caso, además de la intervención del Médico Forense, el Juez estimase necesaria la cooperación de otro ú otros facultativos, hará la oportuna designación, que será por parte de éstos ineludible, si bien podrán optar á la retribución de servicios, que se ha de hacer en la forma y por el monto que los Jueces señalen.

Si esa cooperación la creyeren útil los Médicos Forenses, la pedirán á los Jueces actuantes, á sus efectos.

Art. 79—Los Médicos Forenses y quienes hagan sus veces, cumplirán sus cometidos á la brevedad posible ó dentro de los términos que los Jueces establezcan.

Art. 80 — En los casos de envenenamiento, heridas ú otras lesiones cualesquiera, quedará el Médico Forense encargado de la asistencia facultativa del paciente, á no ser que éste ó su familia prefieran la de uno ó más profesores de su elección, en cuyo caso conservará aquél la inspección y vigilancia que le incumbe para llenar el correspondiente servicio médico-forense.

El procesado tendrá derecho á designar un profesor que, con los nombrados por el Juez instructor ó el designado por la parte acusadora, intervenga en la asistencia del paciente.

Conc.: art. 350 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 81 —Cuando el Médico Forense, ó en su defecto el designado ó los designados por el Juez instructor, no estuvieren conformes con el tratamiento ó plan curativo empleado por los facultativos que el paciente ó su familia hubiesen nombrado, darán parte á dicho Juez instructor, quien en tal discordia designará mayor número de profesores para que manifieste su parecer, y consignados todos los datos necesarios, se tendrán presentes para cuando en su día haya de fallarse la causa.

Lo dispuesto en los artículos anteriores será aplicable cuando el paciente ingrese en la Cárcel, Hospital ú otro establecimiento y sea asistido por los facultativos de los mismos.

Conc.: arts. 351 y 352 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 82 —Mientras no exista un local público aparente y especialmente destinado á las autopsias, éstes se harán en el local que el Juez indique.

Conc. : art 353 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 83—Si los Jueces no pudieran asistir á las autopsias, delegarán en un funcionario de Policía judicial, dando fe de su asistencia como del hecho de aquella operación, el Actuario de la causa.

Conc. : art. 353 de la ley de Enj. Crim. Española.

La institución de *Médicos Forenses* no existe entre nosotros tal como debe ser. Existen los Médicos de Policía Sanitaria, llamados, los de la capital, Médicos Forenses en el Reglamento de Policía Sanitaria aprobado por decreto de 8 de Agosto de 1883; los cuales hacen sus veces; y los supernumerarios de la misma especie, es decir, todos al servicio de sanidad y de las policías de los Departamentos; dependiendo confusamente de las Jefaturas Políticas y del Consejo de Higiene; en fin, del Poder Ejecutivo, que ha reglamentado la forma y el tiempo de sus servicios.

La institución de *Médicos Forenses* debe ser formal, independiente de ese Poder, porque debe estar al servicio exclusivo de la Administración de Justicia. Sus miembros deben ser nombrados entre los médicos cirujanos más competentes de la matrícula nacional, prefiriéndose los orientales en igualdad de preparación científica.

Los *Médicos de Policía*, por la variada índole de sus ocupaciones, por su escasa remuneración y por su dependencia del Ejecutivo, dejan mucho que desear en el desempeño de encargos judiciales, especialmente en los Departamentos de campaña.

Muchos han sido los conflictos que entre la autoridad judicial y la policial se han sucedido entre nosotros, en perjuicio de la administración pública, con respecto á las funciones de esos facultativos.

Mientras los Médicos Forenses, expone el doctor Mata, no formen un cuerpo facultativo; mientras no constituyan una carrera análoga á la de Sanidad Militar (en España), que asegure el porvenir de los que á ella se dediquen, que no se espere jamás ver empeñada en ella á la flor de las escuelas; los jóvenes de talento y de aplicación huirán siempre de una práctica que no les da ninguna garantía. Cuando se vean con un carácter profesional fijo y considerado; cuando tenga estabilidad su destino; cuando cuenten con un sueldo previamente asignado y decoroso; cuando se determinen sus funciones, sus deberes,

sus derechos, de seguro que lo más distinguido de la profesión se apresurará á formar parte de ese cuerpo, y en ello ganarán: primero, la Administración de Justicia, porque los Tribunales serán servidos por profesores ilustrados, de talento y aplicación, que ejercerán su cometido con lucidez, prontitud y probidad, haciendo los reglamentos imposibles los vicios que fácilmente pueden introducirse en esa práctica con el desorden y caos que hoy reina, y las disposiciones tiránicas y despóticas de que hoy son víctimas no pocos profesores, por parte de los Jueces que los emplean; segundo, la profesión, porque se abrirá á los jóvenes que salen del Templo de Esculapio una nueva senda por donde puede alcanzarse una posición social tan ventajosa como la primera del arte, y se cultivarán con más ahinco todas aquellas ramas científicas, que la medicina legal exige para ejercerla con la brillantez reclamada por la naturaleza de sus cuestiones.

Por el artículo 258 del Código de Instrucción Criminal de la República Oriental del Uruguay, los Médicos de Policía están obligados á expedir informes cuando se trate de heridas ó muerte violenta, siendo requeridos por las autoridades competentes.

Como se ve, en virtud de la expresada ley, sólo á requisición ó del Juez competente ó de la Jefatura Política, deben y pueden los Médicos de Policía informar en los casos de lesión ó muerte violenta que ocurran.

Este trámite de la requisición ha hecho morosa é ineficaz más de una vez la intervención del médico para el esclarecimiento de las causas del suceso llamado á ser juzgado legalmente. Nosotros queremos que la simple noticia oficial que le dé el Juzgado ó la Policía, de la comisión de un delito, imponga la obligación al Médico Forense de trasladarse inmediatamente al lugar del suceso ó al sitio donde fueren indispensables los servicios de su cargo.

El auxilio de otros médicos á los forenses, ya sea que éstos lo soliciten al Juez ó lo presten aquéllos por mandato judicial oficioso, debe ser ineludible, atento á la naturaleza del encargo y á la importancia de los intereses públicos comprometidos en la averiguación y castigo de los delitos. Así lo requiere el orden social.

El sacrificio que se impone debe no obstante tener su merecida compensación, que graduará el Juez según el resultado y mérito del servicio prestado.

¿Quién pagará ese servicio? Si el sentenciado y condenado por delito tiene bienes, es justo que él pague; si no, cumplirá el Estado con hacerlo desde que se trata de hacer efectiva y garantir la conservación de la sociedad cuya tutela ejerce.

Si hubiere de prescindirse de otras consideraciones, lógicamente debiera haber por lo menos un Médico Forense al servicio de cada Juez de Instrucción. Pero, como esto es y será imposible por largos tiem-

pos en nuestro naciente país, donde los médicos, especialmente los de más saber, residen en los centros mayores de población, especialmente en las capitales departamentales, establecemos en el artículo 77 del Proyecto, que habrá un Médico Forense, ó más, en cada Departamento.

Cuando para la curación de una persona herida ó envenenada, ó en general de una persona lesionada por delito ó falta, fuere necesaria la asistencia facultativa, conviene que se ocupe de ella el Médico Forense, ó aquel á quien el Juez hubiese comisionado para informar. sobre la calidad de esas lesiones, ó la gravedad y verdadero origen del envenenamiento; porque, este médico debe buscar en el curso de dicha curación la confirmación de su diagnóstico y pronósticos, ó la rectificación.

Pero, pudiera ser que la familia del paciente ó éste mismo, prefieran para su asistencia á otro ú otros facultativos. Entonces, éstos podrán hacerla; pero, á fin de que por malos y defectuosos tratamientos no se retarde la curación y además para las comprobaciones que el informe médico legal demanda, el Médico Forense ó informante debe inspeccionar y vigilar esa asistencia.

Si entre esos facultativos hubiese divergencia de opiniones sobre el verdadero estado del paciente y sus lesiones, así como sobre el tratamiento á seguirse, deberán comunicarlo en seguida, sin esperar á que termine la curación, al Juez de la causa, y éste nombrará mayor número de profesores, para que enterados convenientemente expresen su parecer al respecto; pero aún en este caso, el médico preferido por la familia del paciente ó por éste, efectuará la curación. Lo que importa á la justicia es conocer las opiniones más autorizadas sobre el caso, y basta para ello una consulta facultativa á tiempo, después de la cual será cuando puedan resolverse las dudas sentidas.

Es altamente liberal y equitativo que también el procesado tenga derecho á nombrar á su costa un facultativo, que con los nombrados por la parte acusadora y por el paciente intervenga ó inspeccione la asistencia que se le dé á este último. Su intervención debe ser activa, esto es, con facultad de pedir consulta al Juez si sobreviniese disparidad de opiniones, como en el caso últimamente previsto.

Art. 84—Cuando la muerte sobreviniere á consecuencia de algún accidente en las vías férreas, yendo un tren en marcha, únicamente se detendrá éste el tiempo preciso para separar el cadáver ó cadáveres de la vía, haciéndose constar previamente su situación y estado, bien por la autoridad ó funcionario de policía judicial que inmediatamente se pre-

sente en el lugar del siniestro, bien por los individuos que accidentalmente se hallen en el mismo tren, bien por el empleado de mayor categoría á cuyo cargo vaya; debiendo ser preferidos los empleados ó agentes del Gobierno.

Se dispondrá asimismo lo conveniente para que sin perjuicio de seguir el tren su marcha, sea avisada la autoridad que deba instruir las primeras diligencias del sumario correspondiente y acordar el levantamiento de los cadáveres; y las personas antedichas recogerán con prontitud y en el acto los datos y antecedentes precisos, que comunicarán á la mayor brevedad á la autoridad competente para la instrucción de las primeras diligencias, con el fin de que pueda esclarecerse el motivo del siniestro.

Si en los accidentes de que trata este artículo, resultaren heridos, sin perjuicio de las diligencias ordenadas, se pondrán dichos heridos en lugar y con los cuidados propios de su estado.

Lo mismo se hará, en cuanto fuere aplicable, si sobre la vía férrea fuere hallado algún cadáver ó herido por causa extraña á accidentes de ferrocarriles.

Conc.: art. 354 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Este artículo tiene por objeto principal evitar entorpecimientos en la marcha sobre las vías férreas, cuando no exista para ello una verdadera necesidad.

El artículo 354 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española sólo hace referencia á los accidentes propios de las vías férreas y ferrocarriles; pero, como puede suceder, que un tren en marcha encuentre por delante, en el rumbo que lleva, un cadáver ó un herido por otra causa, lo natural y correcto es que también se proceda en la forma establecida para el primer caso, en cuanto fuere aplicable. Nosotros hemos agregado un párrafo al artículo 84, su concordante, que dice así: *Lo mismo se hará, en cuanto fuere aplicable, si sobre las vías férreas fuere hallado algún cadáver ó herido, por causa extraña á accidentes de ferrocarriles.*

La razón es obvia y los mismos comentaristas de la ley española,

entre ellos Reus, no pueden menos de apercibirse de la deficiencia de esta misma acerca del particular.

Art. 85—Si el hecho punible que motivare la formación de una causa cualquiera consistiese en lesiones, los médicos que asistieren al herido estarán obligados á dar parte de su estado en los períodos que se les señalen, é inmediatamente que ocurra cualquiera novedad que merezca ser puesta en conocimiento del Juez instructor.

Conc.: art. 355 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Esta disposición comprende toda clase de lesiones que necesiten asistencia facultativa y hayan motivado un proceso penal. El médico ó médicos encargados de la curación del herido, debe informar al Juez instructor sobre el estado del paciente, tan luego haya practicado el primer reconocimiento, y además en los períodos que se le designen, siempre que se presente alguna novedad ú ocurra algún suceso que pueda tener influencia en el resultado de la curación, para la apreciación del hecho que haya motivado el proceso.

Esta disposición se refiere á todos los médicos de asistencia del paciente, ya hayan sido designados por el Juez, ya por la familia del paciente, ó por éste mismo, ó por el reo.

Los Médicos Forenses y los interventores deben excitar el celo de los asistentes; y por razón de su oficio, deben prevenir al Juez de la causa, de las omisiones de aquellos facultativos y de la necesidad de sus informaciones, como pueden objetarlas á los fines de una consulta ó de cuantas creyere convenientes el Juzgado.

Si el paciente sanare, el último informe de los médicos de asistencia debe expresar si le ha quedado ó no alguna deformidad ó impedimento para dedicarse á sus ocupaciones habituales y todo lo demás que con arreglo al Código Penal de la Rep. O. del Uruguay (artículo 326), se necesita saber para determinar la calidad del hecho incriminado y graduar la responsabilidad de sus autores.

Art. 86—Las operaciones de análisis químicos que exija la substanciación de los procesos penales, se practicarán por uno ó varios Farmacéuticos del lugar, ú otros peritos físico-químicos, en presencia del Médico Forense y si el reo pidiese, de su Médico ó perito; si fuese necesario se hará consulta al Consejo de Higiene.

Art. 87—Los peritos indicados en el artículo anterior no podrán excusarse del cometido sino por justa causa que el Juez apreciará; bajo pena de multa de *cincuenta* á *doscientos* pesos.

Conc.: art. 357 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 88—El Farmacéutico y demás profesores (á excepción del Médico Forense y de los peritos nombrados por parte del reo) tendrán derecho á remuneración por parte del Erario Público, con calidad de repetir éste contra el reo que fuese condenado por ejecutoria, por sus servicios y reembolsos de gastos que el desempeño de tales servicios les ocasione; honorarios que ellos estimarán al pie de sus informes y el Juez regulará, previa consulta al Consejo de Higiene, al sentenciar definitivamente.

Al efecto se librará oficio al Ministerio de Hacienda, que deberá autorizar inmediatamente el pago correspondiente por Tesorería.

Conc.: art. 358 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 89—Los informes de la referencia se presentarán al Juez dentro de cinco días á más tardar, después de concluído el análisis.

Los profesores asistentes y presenciales podrán por su parte presentar al mismo Juez y dentro de aquel término sus observaciones particulares escritas, si no firmasen el informe del perito operador con motivo de discordia.

Art. 90—Si fuese imposible el primer análisis químico en el lugar del Juez, se hará en el más cercano, siempre que para ello hubiesen todos los medios indispensables, ó en Montevideo por el Laboratorio Químico Municipal, á arbitrio del Juez.

Art. 91—El envío y recibo de las substancias que se

han de analizar deberá verificarse, siendo posible, con envases que la ciencia moderna aconseje como más preservativos de composición ó descomposición, que no alteren las substancias que contengan ni se alteren por su influjo químico.

Art. 92—Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente cuando los consideren absolutamente útiles para la investigación judicial de un delito ó falta.

Conc.: art. 358 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Algunas veces concurren á la consumación de un delito ciertas substancias, para cuyo conocimiento es indispensable un peritaje, un análisis físico-químico. Así ocurre, v. g.: en los casos de intoxicación, en los que debe saberse qué substancia ha sido la empleada como veneno, para de ahí deducir si por su dosis ha sido capaz de producir la muerte, y también, entre otros casos, cuál es su procedencia, cómo y por quién ha podido ser aplicada.

Para la solución de estos problemas científicos trascendentales, el Reglamento de Policía Sanitaria de 8 de Agosto de 1883, creó entre nosotros, por disposición de su artículo 11, *dos* puestos de *químicos forenses ó expertos* de los tribunales. Estos puestos debieran ser provistos por oposición entre los farmacéuticos y los doctores ó licenciados en ciencias físico-químicas. No nos consta que esta institución de los químicos forenses tal como debe ser, se haya llevado á la práctica. Ella habría podido servir en el Departamento de Montevideo, pero habría sido difícil si no imposible utilizarla en los diversos y numerosos casos en que fueran precisos sus servicios en los demás de la República.

En éstos habría que instituir el empleo de *químicos forenses* como en Montevideo; pero, ¿la competencia de nuestros farmacéuticos de campaña nos podría hacer confiar en el buen éxito de los concursos de oposición? Estos concursos tienen por objeto el logro de ese empleo mediante pruebas de competencia relativa; de manera que si concurren á darlas farmacéuticos ú otros profesores en física y química, verdaderas mediocridades, tendremos que alguno de ellos se apropiaría el cargo inamovible; entretanto, tal vez un perito talentoso y sabio en la materia no haya querido presentarse al concurso por mil razones, una de ellas posiblemente sería la mezquina compensación con que se pagan en nuestro país los servicios judiciarios; ó quizás otro perito más sabio que el *químico forense* en propiedad, aparezca y se establezca

en el lugar. ¿ Por qué no podrían los jueces que esto conocen. valerse de su ciencia y experiencia, encomendándoles un análisis del cual debe inferirse la existencia de un crimen, ó no tal, y por tanto la condenación, ó la absolución de un inculpado?

El empleo de *químicos forenses* puede actualmente realizarse en Montevideo, donde, á Dios gracias, cuentan las diversas ramas del saber humano y particularmente las ciencias físico-químicas, con cultores distinguidos y competentísimos; pero, no pasa otro tanto en los demás departamentos, para que alguna de sus mediocridades, si las tienen aún, ocupe inconmoviblemente una posición de confianza en la administración de justicia penal, la más grave y difícil de todas.

Por estas razones y otras que fuera largo exponer, preferimos que, cuando deba hacerse un análisis químico exigido por la substanciación de un proceso penal, el Juez de la causa, consultando las conveniencias y las circunstancias, designe para el peritaje entre los farmacéuticos ú otros peritos del lugar, aquel que más fe le merezca por su saber é idoneidad; sin perjuicio de consultar sobre el punto á la autoridad más encumbrada presuntivamente en esta materia, que es el Consejo de Higiene. También, para controlar la operación del *químico* perito, deberá asistir á la operación de la referencia y presenciarla el Médico Forense de la localidad ó el que hubiese dado su informe ó tuviese á su estudio las causas materiales del delito que se averigua, como ser las verdaderas causas, lesiones internas ó externas, las alteraciones del organismo capaces de haber producido la muerte de un cierto individuo.

Establecemos en el artículo 86 que el reo puede por su parte tener un perito médico encargado de presenciar también el análisis.

La misma dificultad que existe entre nosotros de hallar varios peritos igualmente competentes en ciertos lugares, reclama que la designación que el Juez haga, sea obligatoria, inexcusable sin causa muy justa según el Juez. En esto como en todo, hay que tener muy en vista el interés público, y por él, cada individuo de la sociedad está obligado á un sacrificio de su libertad, más ó menos grande, pero siempre impuesto por la necesidad y sin perjuicio de compensaciones equitativas.

Estas compensaciones deben ser seguras, estar garantidas por persona solvente, que debe ser el Estado en primer término que, en nombre de la tutela social demanda el trabajo, una función de un hombre que tuvo la virtud de sobrepujar intelectualmente á los demás empleando los mejores días de su juventud y el vigor y sabia de su naturaleza física y psicológica en el estudio de las ciencias, para dar lustre á su patria y á su persona y en beneficio directo de la humanidad.

Es condición impuesta á las relaciones humanas que si se quiere estar bien servido se debe pagar el servicio bien. Por eso preferimos

el sistema por el cual debe pagar el Estado al químico ó farmacéutico su trabajo, en los casos forenses de análisis químico-físicos, y no hacerle correr el albur de perder todo su honorario ó no lograrlo, á causa de la pobreza en que generalmente están sumidos los procesados en los juicios que se les sigue de oficio. El Estado podrá reembolsarse de lo gastado, si éstos fuesen condenados por delito ó falta y llegasen á ser ricos ó tuviesen bienes de su exclusiva propiedad. Si fuesen absueltos, hay una razón de justicia por la cual ellos no deben reembolsar esos gastos, sino que éstos sean de cuenta del Estado, á cuyo exclusivo servicio se han verificado. Entiéndase bien que se trata aquí de análisis hechos de oficio ó por mandato oficioso del Juez, no á solicitud de la parte del reo ó del querellante particular; de no, serían de cargo de los que los hubiesen solicitado, sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan deberse.

Es prudente que las sustancias que deban analizarse anatómicamente, sean puestas en envases que resistan su acción química y física, sobre todo la primera, y que á su vez no las modifiquen alterando su composición elemental. Es indispensable que su conservación sea lo más perfecta que se pueda, ya sea por enfriamiento ó ya por la calefacción más adecuada. La ciencia proporciona los medios conducentes á estos fines y están en el deber los jueces de asesorarse en los casos que ocurran, cuando tuviesen dudas sobre qué precauciones adoptar.

Como el análisis químico legal irroga gastos y absorbe tiempo, pudiendo dilatar la conclusión del sumario ó del plenario, según sea, siempre que no fuese fundamental, para el esclarecimiento de la verdad, los jueces no ordenarán ni autorizarán su ejecución.

Art. 93—En ningún caso se resolverán durante el sumario, reclamaciones ni tercerías que tengan por objeto la devolución de los efectos que constituyen el cuerpo del delito, cualquiera que sea su clase y la persona que los reclame. Concluído el sumario, los Jueces juzgarán si hay ó no conveniencia en hacer la devolución antes de estar conclusa definitivamente la causa.

Conc.: art. 367 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Esta disposición tiene su razón de ser en que el cuerpo del delito puede ser objeto de estudio en todos los estados de un proceso, tanto en el sumario como en el plenario, durante el cual puede ser discutida su identidad, naturaleza y caracteres.

La ley española de enjuiciamiento sólo establece la negativa de de-

volución durante el sumario; por el motivo recién expresado, creemos ser más lógicos establecerla para el plenario también, y sean cuales fueren las instancias en que se ventile el asunto, si el Juez de la causa la juzga conveniente.

Esto no obsta á que las gestiones de devolución se inicien y sigan hasta resolución; de modo que la tercería tendrá por objeto la declaración de un derecho para que se devuelvan tales efectos á quien correspondan, después de concluída la causa, ó en la mejor oportunidad según los casos.

CAPÍTULO III

De la identidad del delincuente y de sus circunstancias personales

Artículo 94—Cuantos dirijan cargos á una persona deberán reconocerla judicialmente si el Juez instructor, los acusadores, los testigos, ó el mismo inculpado conceptúan fundadamente precisa la diligencia para la identificación de este último, á fin de que no ofrezca duda quién es la persona á que aquéllos se refieren.

Conc.: art. 368 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 264 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 224 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 95.—La diligencia de reconocimiento se practicará poniendo á la vista del que hubiere de verificarlo la persona que haya de ser reconocida, haciéndola comparecer en unión con otras de circunstancias exteriores semejantes. A presencia de todas ellas, ó desde un punto en que no pudiere ser visto, según al Juez pareciere más conveniente, el que deba reconocer manifestará, previo juramento de decir verdad, si se encuentra en la rueda ó grupo la persona á quien hubiere hecho referencia en sus declaraciones, designándola, en caso afirmativo, clara y determinadamente.

En la diligencia que se extienda se hará constar cuanto

se actuare al respecto y se designarán las personas que hubiesen formado la rueda, fila ó grupo de reconocimiento.

Cuando fuesen varios los que hubiesen de reconocer á una persona, la diligencia que precede deberá practicarse separadamente con cada uno de ellos, sin que puedan comunicarse entre sí hasta que se haya efectuado el último reconocimiento.

Conc.: arts. 369 y 370 de la Ley de Enj. Crim. Española—arts. 266, 267 y 268 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 248 del Cód. de P. Penal Italiano—arts. 225, 227, 228 y 229 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art.—96. El que detuviere ó prendiere á un presunto culpable, tomará las precauciones necesarias para que el detenido ó preso no haga en su persona ó traje alteración alguna que pueda dificultar su reconocimiento.

Análogas precauciones deberán tener los Alcaides y Jefes de cárceles; que si los reos deben cambiar ropas, vean de guardar aquéllas con que éstos fueron habidos.

Conc.: arts. 371 y 372 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 269 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 230 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 97.—Si se originase alguna duda sobre la identidad del procesado, se procurará acreditar ésta por cuantos medios fueren conducentes al objeto.

Conc.: art. 373 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 98.—El Juez hará constar con la minuciosidad posible, las señas personales del procesado, á fin de que la diligencia pueda servir de prueba de su identidad.

El Juez instructor pedirá informes sobre la moralidad de los procesados á la autoridad policial de su residencia, y se valdrá de los demás medios que crea conducentes á la averiguación de sus antecedentes morales.

Conc.: art. 374 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 27 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 232 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 99.—Para acreditar la edad del procesado se recabará de quien corresponda testimonio de la inscripción de su nacimiento en los Registros parroquiales ó del Estado Civil. En defecto de tal inscripción ó por ser difícil ó demorado sacar tal testimonio, se podrá ordenar un examen médico legal del físico del procesado, por el cual se deduzca la edad probable ó cierta del mismo.

Conc.: art. 375 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 221 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 165 del Cód. de I. Crim. de la Rep. del Salvador.

Sucede, muchas veces, que declaran testigos ó se hacen denuncias de delito contra determinada persona, á quien no se conoce por su nombre, ó cuyo nombre se ha olvidado, pero de cuyas señas más marcadas se hace mención; se le describe por su aspecto y señales externas (fisonomía, indumentaria, etc.). Ha ocurrido también el caso de que designada una persona por su nombre y sindicada como delincuente, ha habido error y confusión de individuos. En efecto: aquellos rasgos pueden coincidir en varios hombres; esto crea una dificultad mayor para identificar al verdadero culpable que se busca. Es indispensable en todos esos casos que los testigos ó denunciantes distingan al verdadero trasgresor, y para ello, el medio más corriente, más fácil de practicar y menos susceptible de equívocos, es el examen ocular de sujetos similares, que efectúe el denunciante ó testigo. ¿Hay sospechas de que el individuo A es el criminal, porque concurren en él las señas que da el denunciante?, se le arresta ó se le cita al Juzgado, y allí, á su presencia ú oculto, según juzgue mejor el Juez, dirá el denunciante si es ó no el individuo á quien vió cometer el crimen.

Siendo frecuente que concurran en varios sujetos, iguales ó parecidos caracteres fisonómicos, ó de indumentaria, ú otros, conviene, para mayor exactitud y para que no pueda confundirse al inocente con el culpable, que se les haga ver por el denunciante ó el testigo, á una sola vez. Para eso pondráseles en rueda ó en fila recta ó en grupo, que el Juez dispondrá, y el denunciante ó el testigo indicará con precisión cuál de todos ellos es el autor del delito ó falta, si entre ellos existe.

Cuando fueren dos ó más los que hayan de reconocer, como anteriormente se expresa, lo harán por separado, sin que puedan comunicarse sus impresiones y pareceres hasta después del diligenciado correspondiente.

El diligenciado se extenderá en acta circunstanciada, en la que serán nombrados los que formaron el grupo de los examinados y será consignado el nombre de los reconocedores y se hará constar el resultado del reconocimiento.

Esta operación, como se ve, tiene por fin desvanecer dudas sobre la identidad de un agente de delito ó falta.

Es obligatorio que, habiendo esas dudas ya en el Juez, ya en el agente del Ministerio Público, ya en el procesado ó en el testigo ó en el denunciante, se cumpla esa diligencia de estricta justicia, para obtener la prueba plena, la seguridad de quién es el delincuente ó faltador.

La jurisprudencia española ha sido más severa sobre estos reconocimientos, porque los ha generalizado á todos los casos, aún á aquellos en que el testigo ó el denunciante han revelado el verdadero nombre del autor del delito ó falta en cuestión; nos referimos á la jurisprudencia basada en el derecho antiguo. Con arreglo á la disposición del artículo 368 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya no es exigible judicialmente en todas las ocasiones esa diligencia perfectamente suplida por ciertas resultancias del sumario, que no dejan dudas sobre quién es el delincuente que se quiere descubrir y asegurar.

Aún cuando el Proyecto dice que tal diligencia se practique cuando se crea precisa, para decretarla bastará consignar los fundamentos de la creencia, ya en la providencia en que se acuerde de oficio, ó ya en la solicitud de quienes pueden solicitarla.

Es excusado hacer presente que el acta respectiva de dicho reconocimiento debe ser firmada por el Juez, los testigos ó denunciantes y el Actuario, así como el procesado y el representante del Ministerio Público que haya tomado parte en ella. Basta una sola acta, aún cuando hubiesen sido varios los reconocedores, y no obstante su incomunicación hasta el momento de firmarse esa constancia.

Para que el delincuente no altere su fisonomía, no cambie de ropas, no modifique su físico, de alguna manera, para aparecer distinto de lo que era al cometer el delito, ante los testigos ó denunciantes, desde el momento que fuere detenido ó preso preventivamente, ya sea por un particular ó por algún agente de la autoridad pública, deben tomarse las mayores precauciones.

No es posible, ni humano, ni decente, ni higiénico, que por todo el tiempo del sumario y aún después, permanezcan los presuntos culpables, con las ropas y con las barbas y, en fin, con el aspecto del primer momento ó del primer día de su detención. Por eso conviene que en ese día ó en el más inmediato posible se anoten sus rasgos fisonómicos, se saque una fotografía de su persona, se guarden sus ropas de uso que puedan servir de base ó medio de comprobación de identidad.

En general, los medios de acreditar la identidad de los inculpados, varían á lo infinito, y son hijos de las circunstancias. No puede haber ley casuísta sobre este particular. Por eso, somos partidarios de librar al arbitrio y buena discreción del Juez instructor la elección y aplicación de aquellos que conceptúe más apropiados.

El Juez debe hacer constar con minuciosidad las señas personales del procesado, ya sea por diligencia especial ó en el acto de su declaración indagatoria; este último es el procedimiento italiano. Puede hacerse asesorar en esta operación por un Médico Forense, ó en su defecto, de otro de su confianza. No podrá delegar en su Actuario ó Secretario esta operación, que la hará él personalmente y dicho facultativo á su presencia. Esta diligencia es utilísima; puede servir de cargo ó de descargo al presunto reo.

Para dar una idea de la importancia suma, en ciertos casos de delito, de esta diligencia, vamos á citar uno sobre *usurpación del estado civil* (artículo 315 del Código Penal Uruguayo).

X ha desaparecido de su casa, y ha transcurrido largo tiempo sin saberse nada de él; un buen día aparece N diciendo que es el desaparecido.

Puede ser en realidad el mismo, pero que, habiendo cambiado sus rasgos personales, parezca distinto y sospechoso de impostura, ó puede ser otro, en verdad, que quiera usurpar su condición civil. Hay que resolver todo esto, grave conflicto de familia; quizás hay quien se interesa en ello, para salvar sus derechos derivados de la persona desaparecida y obtener el castigo del impostor. Hay que empezar, pues, por identificar, por ver si coinciden las señas particulares del aparecido con las que X tenía y debía conservar ó tener no obstante el transcurso del tiempo. Habría que averiguar la *edad* del aparecido, el *sexo*, la *estatura*, el *temperamento*, la *constitución*, las *señas particulares*, propiamente dichas, las *lesiones*, las *deformidades congénitas ó adquiridas*, las *cicatrices*, *manchas*, *tatuaje*, *lobanillos*, *berrugas*, etc., etc., las modificaciones que hayan podido imprimirle el clima, la profesión y las costumbres.

Refiere el ilustre médico legista doctor Mata, que residía (por el año 1843) en Barcelona una familia acaudalada, cuyo jefe, banquero y naviero, recibió el título de Marqués de Fontanellas. Uno de los hijos de aquel señor desapareció súbitamente de su casa y se dijo que á las 24 horas después el padre había recibido una carta anónima anunciándole que depositara en un sitio dado una cantidad de dinero, pues, de lo contrario, su hijo moriría; suponiéndose por esto que se había verificado un secuestro. Don Claudio, que así se llamaba el hijo, tenía fama de calavera, lo cual no ignoraba el padre, puesto que en algunas ocasiones, merced á su fortuna, pudo salvarle de ciertos compromisos á cual más bochornoso. Creyendo el Marqués de Fontanellas que aquello era un ardid para obtener más dinero, no dió oídas á lo que en la carta se le manifestaba y don Claudio no volvió al hogar paterno, ni se supo de su paradero. Pasados cinco años, derribándose una casa vieja, en el Callejón del Infierno, se encontró, entre dos paredes con el intermedio relleno de tierra, un esqueleto. Enlazóse este encuentro

con la desaparición del hijo del Marqués, creyéndose que aquel esqueleto pertenecía á su hijo, no obstante comprenderse por el estudio de la pelvis que se trataba del esqueleto de una mujer. Murió el padre, y sus otros hijos se repartieron la herencia, como asimismo la parte que correspondiera á don Claudio.

Por el año 1868, y estando en su despacho el hijo mayor, se presentó un marinero pidiendo hablarle de parte de su hermano. ¿Dónde está? preguntó aquél al momento. En un buque, contestó el marinero. ¿Cómo no ha venido? Temía le recibiesen mal y me dió una carta. Ésta indicaba que había llegado de América y, arrepentido de sus vicios y algo delicado de salud, quería, si le perdonaban, volver al seno de la familia.

El hermano mayor se trasladó inmediatamente al buque, le reconoció, le abrazó, le llevó á su casa, sus hermanas le abrazaron también y se comunicó al Gobernador la buena nueva que cundió por toda Barcelona con la rapidez del rayo, y todas las familias conocidas y los amigos *de trueno*, de Claudio, se apresuraron á verle y festejarle á cual más y mejor. Pero una de sus hermanas, más lista que las demás, *aunque jorobada*, le habló de una porción de cosas que él no recordaba, y dijo: «¡Oh, ó ha perdido la memoria ó no es mi hermano». Nacieron los recelos. Se entabló pleito que duró tres años, al cabo de los cuales se presentaron los padres del sujeto que resultó llamarse Claudio *Fontanillas*, con cuya intervención honrada se impidió que el hermano mayor del desaparecido entregase doscientos mil duros al impostor.

Las informaciones sobre la conducta moral del procesado son necesarias á la instrucción de las causas; porque si ella es buena, determina una atenuación en la responsabilidad penal con arreglo á lo dispuesto en el artículo 18, número 7.º, del Código Penal Uruguayo, que los jueces de hecho y de derecho deberán tomar en consideración para disminuir la pena correspondiente, conforme á las reglas establecidas en la Sección II del Título V, Libro I, del mismo Código. La ley procesal penal tiene también entre sus principales objetos ofrecer los medios de establecer el grado exacto de responsabilidad que quepa á los reos de delito ó falta; y en cuanto la administración de justicia no se salga de esa ruta será digna de su augusta misión, será respetada y venerada como la institución social más noble y eficaz.

Las informaciones de conducta moral, á que nos referimos, pueden ser requeridas por los jueces á aquellas personas ó autoridades que se hallen en condiciones de conocer la vida y costumbres del procesado. Si tuvieren noticia de que el procesado ha sido antes condenado ejecutoriamente por delito á que la ley señala igual ó mayor pena, ó por dos ó más delitos á que aquélla señala pena menor; si también ha llegado á su noticia que es reincidente, deberán recabar del juzgado ó

tribunal donde se ventilaron las causas respectivas, los autos que las constituyan ó un testimonio auténtico de la sentencia ejecutoriada y una certificación de haber cumplido el reo, en su caso, la pena impuesta.

Estas pruebas se refieren, como se ve, á circunstancias que los jueces de hecho y de derecho deberán tener presentes al dictar su veredicto y sentencia, porque son agravantes de responsabilidad, (artículo 19, números 14 y 15 del Código Penal Uruguayo).

Habría conveniencia en crear entre nosotros lo que en España se llama *Registro Central de penados*, adjunto al Ministerio de Gracia y Justicia, en cuyo Registro se lleva razón circunstanciada de todos los procesos habidos en la Península desde el año 1878. Y por consiguiente, hay constancia de los castigos infligidos por ante la jurisdicción penal ordinaria.

Un *Registro Central* ó *General*, entre nosotros, sería un medio fácil que tendrían los jueces instructores para averiguar si el procesádo tal ó cual tiene en su contra las agravantes apuntadas.

La fijación de la edad del procesado tiene el doble objeto de establecer su identidad y de graduar la responsabilidad que quepa según ella, ya para excencionar de pena ó ya para aminorarla.

El artículo 17 del Código Penal Uruguayo cuenta entre las circunstancias eximentes de responsabilidad, la edad menor de *diez años*, y la de ser *mayor de diez* y *menor de catorce*, á no ser que conste haber obrado el inculpado con discernimiento. El artículo 18 señala entre las circunstancias atenuantes, la menor edad de *diez y ocho años*.

La edad de los procesados debe acreditarse por testimonio del Registro de Estado Civil de Nacimientos ó por la fe de bautismo, ó en defecto de estas pruebas ó por ser difícil y tardío lograrlas, por el reconocimiento é informe pericial.

La determinación de la edad de los procesados es un requisito indispensable. La manera imperativa como le establece el artículo 98 del Proyecto da la medida de la obligación en que están los jueces de llenarle oficiosamente sin necesidad de petición de parte. No hay que confiar en las apariencias, en esto de calcular edades; tales apariencias son engañosas frecuentemente; descifrarlas es obra de habilidad y competencia profesional; por esto es que hacemos extensiva para todos los casos sin excepción, la determinación documental ó la científica de la edad.

Hay Código Procesal que faculta al Juez á no hacerlo siempre que, *prima facie*, la edad del procesado parezca pasible legalmente de todo el rigor de la ley penal.

Art. 100—Si el Juez advirtiere en el procesado indicios de enajenación mental, lo someterá en seguida á la observación del Médico Forense y demás peritos si lo conceptuase conveniente, sin perjuicio de aceptar la información de personas que puedan iluminar el criterio del Juez. Si la enajenación mental sobreviniera después de cometidos los delitos ó faltas, concluso que sea el sumario, se mandará suspender la causa por el Juez competente hasta que el procesado recobre la razón en un Asilo público de alienados, debidamente custodiado; á menos que sean varios los reos y algunos de ellos sean cuerdos, pues para los tales deberá proseguir el juicio.

Conc.: arts. 381, 382 y 383 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 222 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 262 del Cód. de P. Crim. Argentino.

El uso de la razón plena se presume en toda persona; pero puede acontecer que los reos de delito ó falta manifiesten indicios de enajenación mental; y si el juez los advirtiere, ya espontáneamente ó ya estimulado por el celo de otras personas, pudiendo ser éstas el Ministerio Público y el defensor del procesado, entonces corresponderá que se asesore de peritos, en primer término del Médico Forense. Puede también para acentuar su convicción propia, valerse de los dichos de personas fidedignas que puedan iluminar su criterio sobre la existencia ó inexistencia de la enajenación.

Atento á los principios informantes de nuestro sistema penal, este requisito sólo debe tener lugar tratándose de juzgar delitos y no faltas; el artículo 399 del Código Penal vigente, por una aberración de principios inexplicable, establece que *las faltas sólo se castigarán en el caso del artículo 16 (es decir, en el de ser consumadas), sin atender más que al hecho mismo, y sin consideración á si hubo intención ó culpa;* luego, á nada puede conducir en nuestros tribunales el averiguar si A y B, procesados por faltas, son dementes ó no son; porque siéndolo ó no siéndolo les cabe igual responsabilidad. Debemos entonces, si queremos seguir el procedimiento adecuado para la aplicación de nuestro Código Penal, en cada caso concreto, aludir en estas líneas á los casos de demencia ó locura, en una palabra, de enajenación mental anterior ó posterior, de un agente de delito.

Siendo la enajenación mental una circunstancia eximente de responsabilidad penal (artículo 17, número 1.º del Código Penal de la República Oriental del Uruguay), á no ser que el loco ó demente hayan

obrado en un intervalo lúcido, ó que el reo de delito estuviere privado de su razón voluntariamente (como sería en el supuesto de embriaguez intencionada), es justo que los jueces, si la advirtieren, como hemos dicho, la hagan constar por los mejores procedimientos que se usan á tal fin, recurriendo especialmente al examen pericial.

El Código Penal de la República Oriental, en el artículo 17 que hemos mencionado, solamente habla de la enajenación en tiempo de cometerse el delito, no habla de la que puede sobrevenir al encausado durante el curso del proceso. Para el primer caso, si el delito cometido apareja pena de muerte ó de penitenciaría, teniendo tan sólo consideración al hecho, prescindiendo de circunstancias atenuantes ó agravantes, manda que el demente ó loco sea encerrado en un establecimiento destinado á esos enfermos, en un manicomio, y si el delito no es de esa gravedad, se entregará á su familia, bajo fianza de custodia, y que si ésta no se prestare, será recluído como en el supuesto anterior, de cuya reclusión no podrán salir el uno y el otro, sin autorización del juez competente.

Hemos creído útil prever en el artículo 100 del Proyecto, el caso de ocurrir la enajenación durante el proceso; y para este caso establecemos que concluído el *sumario*, se suspenda el juicio contradictorio (el *plenario*) hasta que el procesado recobre la razón en un asilo público de alienados, pero en debida custodia.

Como el examen médico legal del presunto incapaz es un peritaje, y por tanto, puede aplicarse á él lo que sobre esta clase de pruebas se estatuye, hemos considerado innecesario consignar en el Proyecto, en la parte que nos ocupa, que la defensa puede nombrar por su patrocinado, médico-perito que acompañe al designado por el Juez en dicha comprobación y establezca sus conclusiones, ora con acuerdo, ora en desacuerdo, con las del último. El Juez, si hay desacuerdo ó no estuviere plenamente convencido sobre el punto en cuestión, podrá por prudencia consultar á mayor número de facultativos.

Art. 101—Si el procesado fuere mayor de 10 años y menor de 14, el Juez recibirá información acerca del discernimiento del mismo, y especialmente de su aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiese dado motivo á la causa. Al efecto serán informantes dos profesores pedagogos y el Médico Forense, ú otro cuando haga sus veces, los cuales deberán examinar detenidamente al procesado.

Conc.: art. 380 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Ya hemos dicho que si el procesado es menor de *diez años*, es irresponsable y que el mayor de *diez* y *menor de catorce* será responsable si actuó con discernimiento (artículo 17, número 3.º del Código Penal de la República Oriental del Uruguay). Consiguientemente, acreditar este extremo es en alto modo interesantísimo, porque de ello depende declarar la culpabilidad ó la inocencia de un individuo. El procedimiento para hacer digna de mayor fe esa constatación, es la información pericial acerca del criterio del enjuiciado y particularmente de su aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que ha dado motivo á la causa.

Los educacionistas, que tienen el mérito de haber estudiado teóricamente y haber asistido á las distintas evoluciones de la intelectualidad de la niñez, que dirigen sus primeros ensayos en el conocimiento de la verdad, del bien y del mal, son los que por experiencia propia conocen más el corazón y la mente del niño y pueden además por su imparcialidad ser los auxiliares escogidos de los Médicos Forenses, para deducir si existe en el menor A ó B algún discernimiento. Es útil al mismo fin la información de personas que puedan deponer á ciencia cierta por sus frecuentes relaciones y trato social con el procesado antes de haberse ejecutado el hecho, y de los que después le tratasen de algún modo; hallándose generalmente entre éstos los jefes de los establecimientos correccionales y preventivos, donde yace el procesado mientras dura el procesamiento; todos los cuales son aptos para apreciar el grado de discernimiento del reo, tienen alguna ilustración y experiencia de la vida, sobre todo en lo que atañe á la distinción de lo bueno y malo, considerado del punto de vista penal.

También, como si se tratase de demencia, podrá el defensor indicar ó nombrar perito que asista al reconocimiento del menor, el cual expondrá por escrito y por separado su opinión, si difiere de la de los peritos oficiales.

CAPÍTULO IV

De las declaraciones del procesado

Artículo 102—El Juez, de oficio ó á instancia del Ministerio Público ó del querellante particular, hará que los procesados presten cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos, sin que ni el

acusador privado ni el actor civil puedan estar presentes al interrogatorio, cuando así lo disponga el Juez.

Conc.: art. 385 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 103—Si el procesado estuviere detenido, se le tomará declaración dentro de las *veinticuatro horas* de su detención. Este plazo podrá prorrogarse, y no más, hasta *cuarenta y ocho horas,* expresándose justo motivo.

Conc.: art. 114 de la Constitución de la Rep. O. del Uruguay—arts. 206 y 207 del Cód. de P. Crim. del Japón.

Art. 104—No se exigirá juramento á los procesados; se les exhortará solamente á decir verdad, advirtiéndoles el Juez de Instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme á la verdad, á las preguntas que les fueren hechas.

Conc.: art. 111 de la Constitución de la Rep. O. del Uruguay — art. 157 del Cód. de I. Crim. de ídem—art. 387 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 240 del Cód. de P. Crim. Argentino — art. 196 del Cód. de P. Penales Paraguayo — art. 183 del Cód. de I. Crim. de la Rep. del Salvador.

Art. 105—En la primera declaración será siempre preguntado el procesado por su nombre, apellido, apodo si lo tuviere, edad, vecindad, estado, profesión ú oficio, modo de vivir, si tiene familia, si fué procesado anteriormente, por qué delito ó falta, dónde y si fué penado y cumplió la pena, si sabe leer y escribir y si conoce el motivo de su procesamiento.

Conc.: art. 158 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 388 de la Ley de Enj. Crim. Española — art. 241 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 231 del Cód. de P. Penal Italiano — art. 93 del Cód. de I. Crim. Francés.

Art. 106—Las preguntas que se le hagan serán concretas, no se saldrán de su objeto que será la averiguación del delito ó falta y de su factor. No han de ser capciosas y sugestivas, ni precipitadas.

Tampoco se podrá emplear sobre el procesado y su ánimo, coacción ni violencia de ninguna especie.

Todo so pena de nulidad.

Conc.: art. 389 de la Ley de Enj. Crim. Española — arts. 242 y 245 del Cód. de P. Crim. Argentino — arts. 198 y 201 del Cód. de P. Penales Paraguayo — art. 233 del Cód. de P. Penal Italiano — art. 183 del Cód. de I. Crim. de la Rep. del Salvador — art. 150 del Cód. de P. Crim. del Japón.

Art. 107—Las declaraciones de los procesados serán orales, si bien los Jueces permitirán que lean apuntes ó notas, en su presencia.

Conc.: art. 390 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 108—Se pondrán de manifiesto al procesado todos los objetos que constituyen el cuerpo del delito ó los que el Juez determinase de entre ellos, á fin de que los reconozca; y si los reconociere diga su empleo, destino, procedencia, etc., cuanto se relacione con dichos objetos y el delito ó falta.

Conc.: art. 391 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 109—Cuando el procesado rehuse contestar ó se finja loco, sordo ó mudo, el Juez le advertirá que no obstante su silencio y en el supuesto de ser simulados su locura, sordera y mutismo, se continuará el proceso.

De estas circunstancias se tomará nota, y el Juez procederá en breve á averiguar la verdad de aquellas enfermedades.

Conc.: art. 392 de la Ley de Enj. Crim. Española — art. 236 del Cód. de P. Penal Italiano.

Art. 110—Los Jueces tratarán de que las indagatorias no se dividan en varios actos; esta división se requerirá cuando convenga suspender una primera declaración, á causa de la intranquilidad de ánimo del procesado y su fatiga.

derivada de un largo interrogatorio. Los Jueces en semejante emergencia obrarán prudencialmente.

Conc.: art. 393 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 244 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Art. 111—El procesado no podrá á pretexto de incompetencia del Juez excusarse de contestar á las preguntas que se le dirijan, si bien podrá protestar la incompetencia, consignándose así en los autos.

Se dará al procesado la mayor libertad de exposición.

Conc.: art. 395 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 112—El procesado podrá por sí mismo dictar las declaraciones; si no lo hiciere, lo hará el Juez, procurando, en cuanto fuere posible, consignar las mismas palabras del deponente.

Si el procesado fuere sordo-mudo ó no hablase el castellano, se procederá por medio de intérpretes, nombrándose uno por el Juez y otro por cada parte si lo quisieren. Si en el primer caso supiere leer y escribir, deberá ser preguntado y contestar por escrito.

Conc.: arts. 247, 252 y 253 del Cód. de P. Crim. Argentino — art. 204 del Cód. de P. Penales Paraguayo y 210 de ídem.

Art. 113—El procesado podrá declarar cuantas veces quisiere, mientras no se entorpezca la acción de la justicia maliciosamente y el Juez le recibirá inmediatamente la declaración, si tuviere relación con la causa.

Conc.: art. 400 de la Ley de Enj. Crim. Española — art. 254 del Cód. de P. Crim. Argentino — art. 211 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 114—En las declaraciones se consignarán, en lo posible, íntegramente las preguntas y respuestas.

Conc.: art. 401 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 115—El procesado podrá leer la declaración; el Juez le enterará de que le asiste este derecho.

Si no usare de él, la leerá el Actuario ó uno de los testigos á su presencia; lo que se hará constar, como cuando el procesado lea.

Conc. : art. 402 de la Ley de Enj. Crim. Española — art. 248 del Cód. de P. Crim. Argentino — art. 205 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 116—La diligencia se firmará, bajo pena de nulidad por todos los que hubieren intervenido en el acto, y se autorizará por el Actuario si lo hubiere. Si el procesado no pudiere ó quisiere firmar, se hará constar esta circunstancia.

Conc.: art. 404 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 250 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 207 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 151 del Cód. de P. Crim. del Japón.

Art. 117 —Si en las declaraciones posteriores se pusiese el procesado en contradicción con sus declaraciones primeras ó retractase sus confesiones, deberá ser interrogado sobre el móvil de sus contradicciones ó de su retractación.

Conc.: art. 405 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 118 —La confesión del procesado no dispensará al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias á fin de adquirir el convencimiento de la veracidad de la confesión y de la existencia del delito ó falta.

Art. 119 —Para recibir declaración al procesado menor de edad, no habrá necesidad de nombrarle curador.

Conc.: art. 184 del Cód. de I. Crim. de la Rep. del Salvador.

Por regla general, el interrogatorio debe ser el primer acto del sumario. Es un principio universal que no se debe imputar á nadie un hecho malo, delictuoso, sin oírsele. El inculpado puede desde el primer momento de la inculpación desvanecer ó demostrar la falta de fundamento de las sospechas de que es objeto. Podría muy bien el verdadero culpable haber formulado una falsa denuncia para despistar á la justicia. El inculpado podría hacer una confesión total ó parcial que facilitaría mucho las operaciones de la justicia.

La confesión judicial de la parte sobre hecho propio, en cuanto la perjudica, ha sido siempre reputada como la mejor de las pruebas. Dicha confesión, dice Fernández Concha, es un testimonio abonado, así por lo que hace á la ciencia como por lo que toca á la veracidad. Por una parte, nadie puede dar razón de un hecho, mejor que el ejecutor de él; y, por otra, nadie en juicio tiene mayor motivo para no falsear la verdad que el litigante, en lo que daña su causa.

Por esto es que en algunos Códigos se establece que en lo posible, la primera diligencia de instrucción del sumario debe ser la interrogación del presunto reo.

Pero estos Códigos y los autores que opinan de acuerdo, se ven precisados, por lo común, á hacer una salvedad cuando es urgente proceder á otras diligencias de comprobación, como ser ciertos reconocimientos de lugar y la toma de declaraciones de testigos. Puede suceder que antes del interrogatorio del procesado, el Juez crea sabiamente indispensable y dignas de prioridad algunas otras operaciones. Supongamos el caso en que los rastros sobre la nieve ó sobre el suelo en la tierra, deban ser reconocidos, verificados, examinados para evitar que desaparezcan por el tránsito, la lluvia, el calor ú otros agentes; ó que la víctima del delito está á punto de expirar, en inminente peligro de muerte, ó alguno de los testigos, etc.

En previsión de estas emergencias, muy posibles, es que en el Proyecto se opta por no establecer esa prioridad, y se libra al buen criterio de los Jueces que según las circunstancias tomen ó no antes que proceder á otras diligencias, la declaración indagatoria al presunto reo.

Sin embargo, como presumiblemente, en el término de 24 horas de estar á disposición del Juez instructor el inculpado, se han podido llenar las diligencias más urgentes, y como prenda de garantías á los derechos individuales, á fin de que pueda hacer personalmente el reo descargos si los tuviere, ó para obtener la confesión del delito y la declaración de los cómplices ó encubridores y demás que pueda revelar para el triunfo de la justicia, la Constitución de la República manda en su artículo 114 que, bajo la más seria responsabilidad los jueces tomen al arrestado su declaración dentro de aquel término. No dice desde cuándo se empieza á contar ese plazo, pero se sobrentiende que debe ser desde que el arrestado es puesto á disposición de los jueces, ó se somete voluntariamente á ellos, ó desde que éstos tienen noticia del arresto; de otro modo sería injustificable que se les responsabilizara de no tomar la indagatoria á quienes no han sido puestos á su disposición y de cuya prisión fuesen ignorantes.

Lo más correcto sería que ese término corriera desde el instante de la aprehensión, salvo fuerza mayor; pues que de ese modo sería real la garantía que se ha querido establecer, y mayor la eficacia á los fines del sumario.

La urgencia de la primera declaración del presunto reo tiene tam-

bién su ventaja en que no habiendo éste tenido el tiempo y la tranquilidad necesaria para meditar un sistema de defensa y prepararse en el sentido de ocultar la verdad, facilita el medio de una fácil y sincera confesión.

Puede haber conveniencia para el esclarecimiento y la averiguación de la verdad, en que el procesado preste más de una declaración, en armonía con las exigencias del sumario, generalmente novedoso hasta su conclusión; entonces, el Juez, de oficio deberá decretar cuantas declaraciones fuesen útiles.

El representante del Ministerio Público, ó el querellante particular, pueden considerar útil alguna ó varias ampliaciones ó rectificaciones de las declaraciones prestadas, y en ese caso, como no se lesionaría ningún derecho legítimo del reo y por el contrario, los intereses legítimos de la sociedad y el fin de la penalidad estarían mejor servidos, esas partes pueden pedir al Juez que llame al reo á prestar nuevas declaraciones y el Juez cumplirá con acceder al pedido, siempre que por ello no se resienta la buena marcha del proceso. Estas nuevas declaraciones pueden ó no ser oídas por el querellante particular en su caso, según estime prudente el magistrado. Pero durante todas ellas deberá estar asistido el procesado por su defensor; requisito éste imprescindible según lo dispuesto en el artículo 114 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay. El Fiscal de lo Penal podrá concurrir á esos actos, menos si se realizan en un proceso seguido á querella privada; la presencia de esos funcionarios en aquellos casos no es contraria á la razón ni á la justicia.

Cuando el Ministerio Público ó el querellante particular concurran al acto del interrogatorio solicitado, tendrán facultad para decir al Juez las preguntas que éste debe hacer al reo, ó sea, para proponer las cuestiones sobre las cuales deberán interrogarle.

De muchos años acá ya es un postulado jurídico, inconcuso, que los procesados no están obligados á declarar. La sociedad no tiene derecho á exigir del hombre su propia condenación.

El procesado debe gozar la mayor libertad para confesarse culpable, ó negar su delincuencia. Antiguamente se le exigía juramento de decir verdad, y fué corriente el uso del tormento para arrancarle confesiones. Hoy día semejantes procederes son universalmente desechados por las legislaciones civilizadas. Cabe á las leyes de Aragón el honor de la iniciativa al respecto.

Con el juramento se ponía á los reos presuntos en el duro trance de faltar á la verdad cometiendo un perjurio, ó de que se declarasen factores del delito denunciado. El artículo 111 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay proclama la abolición del juramento de los acusados en sus declaraciones ó confesiones sobre hecho propio, y la prohibición de que sean tratados en ellas como reos.

El Juez no falta á su deber de imparcialidad exhortando á la

confesión al encausado, y á la designación de sus compañeros, cómplices y encubridores. Lo que en todas partes le es prohibido, es emplear amenazas, la intimidación, la violencia en fin, todo medio que de cerca ó de lejos se semeje á una tortura física ó moral. El Código Penal Francés condena á los *Jueces, agentes de policía ó guardianes de las prisiones que ejerzan violencia ó malos tratamientos contra los inculpados, para arrancarles confesiones.*

Engañar al presunto delincuente ó hacerle preguntas capciosas para que declare, es inmoral é indigno por tanto, de la administración de justicia. Tampoco debe el Juez prometer nada que no pueda conceder dentro de sus facultades legales, por el hecho de la confesión. Esto induciría al declarante en error ó le haría decir lo que no es ni ha sido, por la esperanza de vana recompensa ó de su salvación.

Pero pueden los jueces, para estimular la declaración de la verdad hacer presente á los procesados los beneficios legales que resultarán de su franqueza y sinceridad, de la favorable influencia que ejercerán en el ánimo de los jueces llamados á juzgarles, por los méritos del número 11 del artículo 18 del Código Penal de la República.

Si los inculpados se negasen á declarar, ó no declarasen con claridad, ó lo hicieran con evasivas, en forma ininteligible, es prudente que los instructores les adviertan que de cualquier manera que declaren ó dejen de declarar, el proceso continuará; de esto mismo se les hará advertencia si se fingen sordos ó mudos. Tomada nota de estas circunstancias en el acta respectiva, el Juez ordenará á la mayor brevedad, un reconocimiento del procesado, para constatar la verdad de su mudez, sordera, locura, ó ficción. Aquellas advertencias son útiles para persuadir al procesado, si está en error de creer que con su silencio ó maña burlará la acción de la justicia y obtendrá el sobreseimiento de la causa.

Las declaraciones de los procesados serán orales, es decir, de viva voz, salvo las excepciones que la ley establezca. Por la oralidad se consigue la espontaneidad, menos artificio y cálculo; es una forma que se aviene más que ninguna otra con la sinceridad con que debe manifestarse el declarante, además de ser la más rápida.

Si sucediera que el procesado está físicamente impedido para hablar, si sabe escribir, deberá responder por escrito á las preguntas que el Juez le haga.

En obsequio á la mayor fidelidad y para conservar íntegramente las declaraciones prestadas, debe labrarse acta circunstanciada. El interrogatorio y las respuestas relativas, apenas dejarían en los jueces impresiones fugitivas, que tampoco se transmitirían á los jueces del plenario, si debidamente autorizadas no constasen por escrito.

Aun cuando estos jueces puedan en la estación oportuna del juicio, llamar á declaración y confesión á los prevenidos, como debe existir solidaridad entre todas las declaraciones y confesiones de estos

últimos, es necesario que las anteriores queden bien determinadas, no sufran alteración por la flaqueza de la memoria y no sean por el distinto alcance que se les atribuya por las partes y por los jueces, materia de discusión, que sería estéril sin una prueba más conforme á la razón que la prueba escrita.

Al extenderse las actas de la referencia, los procesados podrán dictar sus declaraciones, y de no hacer uso de este derecho que les recordarán los jueces, éstos las dictarán fielmente al Actuario ó á quien le sustituya.

Redactadas las actas, el procesado podrá leerlas y refrendarlas después, dando él mismo, así, testimonio de la exactitud de lo en ellas contenido y su conformidad con sus propios dichos.

Si tampoco usase de este derecho, el Juez leerá, ó el Actuario, poniéndose constancia de todo ello, así como de las observaciones, ampliaciones y rectificaciones que hiciere el declarante. Algunos autores y Códigos dan derecho al defensor para que lea las actas si su defendido no quiere leerlas.

Pero tanto celo por garantir los derechos del procesado contra supuestas falsedades, es, á nuestro juicio, rebajar la dignidad de los jueces, el concepto de imparcialidad y rectitud que tienen y deben conservar en la conciencia pública.

Debemos evitar tales extremos tan perjudiciales como el hecho mismo de negar garantías de toda especie al procesado en el acto más solemne de su enjuiciamiento, como es su declaración y confesión.

Si el procesado es sordo-mudo, que no sabe escribir, ó no habla el idioma español, el Juez debe tomarle declaración valiéndose de intérpretes, que jurarán cumplir fielmente su cometido, bajo las responsabilidades de la ley.

Al dar ciertas declaraciones no puede confiar el procesado á su memoria la relación de fechas, de cantidades y de otras cosas por el estilo; para declarar circunstanciadamente sobre estos puntos ha menester de algunas anotaciones.

En semejante caso, el Juez puede permitirle su lectura, porque conviene á la recta administración de justicia que no haya error en esas manifestaciones.

Para simplificar y evitar los inconvenientes de cualquier comunicación del reo con agentes extraños que le induzcan á falsear la verdad, y también para levantarle cuanto antes la incomunicación que debe sufrir mientras no presta totalmente su declaración indagatoria, no se ha de dividir esta diligencia; debe cumplirse toda ella en un solo acto. Pero, pudiera acontecer que el estado de ánimo del procesado, una enfermedad, un ataque imprevisto que alterase sus facultades, no le permitiesen exponer libremente; entonces los jueces deberán suspender la toma de declaración, haciendo acta que exprese lo dicho ya por el reo y las demás circunstancias del acto, que firmará el Juez y

el defensor del reo, y autorizará el Actuario; si pudiese firmará el reo, y si no, se expresará también esta circunstancia especialísima. Conviene que, pasado el accidente, se reanude la declaración y entonces se lea, ó lea el declarante las dos partes de su declaración, haciéndose constar su rectificación ó las rectificaciones y ampliaciones que quiera en la última acta. Estas son reglas de equidad que, aún cuando todas no están expresamente determinadas en el Proyecto, se deben tener por incluídas en sus disposiciones respectivas.

Para probar la identidad de los objetos que forman parte del cuerpo del delito, ó la de sus efectos, se les pondrán de manifiesto al procesado, en el acto de su declaración, á fin de que los reconozca; y si los reconociese, diga su destino, el empleo que hizo de ellos, su procedencia, y cuanto se relacione con dichos objetos y el delito ó falta de que se le acuse.

Así como los jueces pueden hacer declarar á los procesados cuantas veces lo crean conveniente, los procesados tienen derecho también á declarar cuantas veces quisieren, y á que los jueces les tomen declaración, con la única limitación de que lo que haya de declararse sea atingente á la causa, de modo que si no lo es, no hay obligación de recibirlo ó al menos de hacerlo constar en el proceso; para esto, debe inspirarse el Juez instructor en un criterio amplio y tolerante, dejando tan sólo de hacer constar en el sumario lo que sea notoriamente impertinente de cuanto el procesado manifieste.

Éste mismo no podrá dejar de contestar á las preguntas que el Juez instructor le hiciere, á pretexto de incompetencia; pero podrá hacer constar su protesta por razón de esa incompetencia.

Sobre lo primero no puede haber sanción penal, como no la hay ni debe haber para los casos en que los reos se niegan á declarar ante Juez competente. No puede haber otro recurso legítimo que el de proseguir el sumario hasta donde sea factible independientemente de la voluntad del enjuiciado.

Si en las declaraciones posteriores se pusiere el procesado en contradicción con las anteriores, ó se retractase de algunas de ellas, debe ser interrogado acerca del móvil y causas que le hayan inducido á ello, y sobre si puede dar ó no razón satisfactoria de la variación ó retractación. Desde luego, puede venir la duda sobre qué declaración debe reputarse eficaz. La jurisprudencia general tiene establecido que la eficacia de una declaración no puede destruirse por otra posterior, salvo que haya causas que invaliden ó anulen de pleno derecho la primera. El Código de I. Criminal de la República Oriental del Uruguay, en su artículo 243, dispone que: *Cuando la acusación tenga por base solamente la confesión, ésta puede retractarse en cualquier estado del juicio, antes de sentencia que cause ejecutoria.*

Para que se declare legítima (la retractación), *es indispensable que el inculpado ofrezca prueba sobre hechos decisivos que justifiquen haberse*

producido la confesión oprimido por medios violentos ó por amenazas; que tiene por causa un error evidente, ó que el delito confesado es físicamente imposible.

Por consiguiente, nuestro Código de I. Criminal en vigencia, supone el único caso de una confesión de delito, que sirve de base única á la acusación del procesado. Pero, es equitativo que ella se refiera á todos los casos en que puede hallarse el procesado, ya sea desfavorable ó favorable para él la retractación. Ésta siempre valdrá cuando se compruebe por pieza separada que ha habido causa de nulidad de la primera declaración. Las declaraciones de los procesados valen en cuanto son verosímiles y han sido prestadas libre y espontáneamente y sin error evidente, y siempre que el delito no haya sido físicamente imposible.

La confesión del procesado, si bien es y se ha considerado siempre como una prueba de delincuencia, no basta para que por ella sola se termine el sumario, porque no es una prueba que no admita contradicción y además porque podría castigarse á una persona que no fuera delincuente, por el hecho de haber confesado ser autor de un delito que otro ha cometido, para salvar al verdadero delincuente.

La historia nos proporciona numerosos ejemplos de este fenómeno social; por eso se dispone en el Proyecto que la confesión del procesado no dispensará al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias á fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito ó falta.

Como es obligatorio por la Constitución del Estado Oriental y por el Proyecto, que se provea de defensor al prevenido antes de ningún acto judicial contra él, después de sometido á su juez natural, se explica el por qué el artículo 119 del Proyecto dice que para tomar declaración al procesado menor de edad no habrá necesidad de nombrarle curador. El defensor hace las veces de éste, á los efectos del proceso.

En la jurisprudencia de los Judíos, la confesión del culpable no bastaba para condenarle, y podía algunas veces prevenir la pena propiamente dicha. Así, el que confesaba que había robado un mueble, un animal, se hallaba obligado á restituirlo, pero no á añadir el duplo, el triple ó el cuádruplo del valor al precio de la restitución. Bastaba para que se admitiera la confesión el apoyo de dos testigos.

Mucho será obtener la confesión del acusado, pero no bastará si no es apropiada para producir por sí misma la convicción, es decir, si no fuese acompañada de tales circunstancias que deba ser considerada verdadera. No es una simple confesión lo que se busca, sino una confesión sincera; no se quiere una responsabilidad generosa, sino una responsabilidad merecida; no se desea castigar á un inocente que se pusiera en lugar del culpable, sino sólo al culpable.

El silencio del acusado, por obstinado que sea, no puede conver-

tirse en su daño. Es sin duda presumible que quien se niega á decir la verdad no la tiene en su favor; sin embargo, esta presunción no puede ser de derecho, tanto menos por cuanto que la confesión no es jurídicamente obligatoria.

Los hombres, dice Tissot, no han hecho una ley para la acusación de sí mismos; y por otra parte, la ley natural de la propia defensa y el instinto de conservación la harían casi imposible.

TÍTULO VII

CAPÍTULO ÚNICO

De la extradición

Artículo 120—Cuando un presunto delincuente ó uno calificado de tal y condenado por sentencia ejecutoriada, se refugie en país extranjero, se pedirá su extradición siempre que corresponda, según los tratados de la República con el país antes dicho, y en su defecto, conforme á las reglas de reciprocidad.

El asunto principal de este artículo no es para ser estudiado en estos comentarios, sino en cuanto afecta el procedimiento penal.

La extradición pertenece á la esfera del Derecho Internacional, en el que se desarrolla su teoría como un tema de los más interesantes y entretenidos.

Si la extradición es un procedimiento racional y justo; si está basada ó no en algún principio social y humanitario; si debe ó no proscribirse de los tratados y del común de las relaciones internacionales; si es un deber basado en la solidaridad moral y política de los Estados, ó si es simple cortesía entre Nación y Nación; en qué casos decidir si puede ó debe tener lugar, y cuáles son los procedimientos á seguirse para que tenga lugar; todo esto lo resuelven los tratados de los pueblos y los principios del Derecho Internacional.

Nosotros, siendo que los tratados hacen ley, nos remitimos enn uestro Proyecto á ellos y en su defecto á lo que sin estipulación expresa toleren entre sí los Estados en sus frecuentes relaciones.

La República Oriental del Uruguay tiene celebrados tratados de

extradición de criminales: con la República Argentina (año 1865); con Alemania (en 1882); con el Brasil (en 1851), ampliado y modificado en 1878; con el Paraguay (el año 1883); con España (en 1885); con Portugal (en 1878); con Inglaterra (el año 1884); con Italia (el año 1881); y los celebrados por el Congreso Internacional Sudamericano, en Montevideo, en 1888, entre la República Oriental y la Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Perú.

TÍTULO VIII

CAPÍTULO ÚNICO

De la Policía judicial

Artículo 121—La Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de los individuos que la componen, averiguar las faltas y los delitos públicos que se cometieren en su territorio ó demarcación; practicar las diligencias necesarias para comprobarlos, descubrir, aprehender los delincuentes y faltadores, y recoger los instrumentos, efectos, pruebas del delito ó falta, poniéndolos á disposición del magistrado judicial competente.

Conc: art. 282 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 184 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Art. 122—Si el delito ó falta fuese de los que sólo pueden perseguirse á instancia de parte privada, los individuos de la Policía judicial tendrán la misma obligación expresada en el artículo anterior, si se les requiriese al efecto.

Conc.: art. 282 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Generalmente, la *policía judiciaria* inquiere los delitos y faltas, reune las pruebas é indicios, busca los autores, los aprehende en las condiciones de la ley, los entrega al Juez ó funcionario que corresponda, á quien, además, instruye de lo que ha hecho, de lo que ha visto, de lo que ha oído, poniendo en sus manos y consideración las

diligencias practicadas, cesando su oficiosidad para acatar los mandatos del magistrado ó del funcionario que la ley reputa superior en materia procesal preventiva.

La *policía judiciaria* es, por sus fines, esencialmente represiva. Se distingue en esto de la policía *administrativa*, llamada de *orden público*, y de la *municipal*, cuyas atribuciones son de carácter preventivo, y tiene por misión habitual el mantenimiento del orden público en cada lugar y en cada parte de la Administración general, y por tanto, tiende principalmente á prevenir los delitos. Su encargo es velar por que se cumplan los reglamentos sobre el modo por el cual cada individuo debe y puede usar de sus derechos, de su libertad y propiedad, para no perjudicar á terceros. La *policía judiciaria* sólo se ejerce cuando se ha cometido algún delito ó falta.

Realmente, la *policía judiciaria* no puede definirse sino por la exposición de su objeto y funciones.

Por la importancia y especialidad de sus funciones, la institución de la policía judicial debe ser única, una especialidad también; lo que dista de ser, en mucho, entre nosotros, donde está representada por un solo cuerpo, aunque con marcadas tendencias á dividirse en la policía civil y en la de seguridad ó secreta, pero cuya división no responde á un plan de organización seria y perfectamente legal; dicho cuerpo tiene á su cargo el servicio de policía de orden público, el de policía judicial y el de policía municipal, según la ley orgánica de 6 de Julio de 1874.

Con los progresos de la legislación penal procesal, la especialización de la función policial judiciaria debe ser un hecho; y esa diversidad de cometidos de la policía actual en nuestro país, no puede menos que ser un obstáculo al buen servicio y atenciones ó auxilios que requiere la Administración de Justicia represiva; por ella la pericia del funcionario policial es menor; por ella, éstos deberán verse embarazados cuando se requiere la unidad de acción, rapidez, hilación en el trámite, buen juicio y serenidad de espíritu en la averiguación y comprobación de los hechos y determinación de sus autores, responsables de criminalidad, que han de servir de base eficiente al proceso judicial.

La policía judiciaria, en vez de depender en orden á sus funciones de una autoridad distinta de la judicatura penal, debe estar á sus inmediatas y directas órdenes, singularmente para el cumplimiento de aquellas diligencias urgentes, del momento, que no admiten dilaciones de las cuales arrancaría la impunidad del delito ó de la falta, á juicio del magistrado. Sabido es que en el sistema que nos rige, semejante dependencia no existe; por el contrario, la independencia de los funcionarios policiales respecto de los jueces ha pasado á la categoría de un prurito, dando lugar á conflictos de autoridad, rebajando el concepto de solidaridad que debe existir entre funcionarios que á la postre tienden al propósito común de salvar y restablecer el equilibrio

público, el derecho social perturbado por el delito ó la infracción punible de la ley.

En algunos países, la policía judicial ha sido puesta en el rango de la magistratura, con su independencia dentro del círculo de sus atribuciones funcionales, consagrada al servicio exclusivo de la judicatura.

Tiene por misión, y constituirá la obligación de todos y cada uno de los individuos que la componen, averiguar las faltas y los delitos públicos que se cometieren en su territorio jurisdiccional; practicar las diligencias necesarias para comprobarlos, descubrir los delincuentes y faltadores y recoger los instrumentos, efectos, pruebas del delito ó falta, poniéndolos á disposición del magistrado judicial competente.

Estas obligaciones deben cumplirse en su caso de oficio; pero, si el delito ó falta fuesen de los que sólo pueden ser perseguidos á instancia de parte legítima, tendrán los agentes de policía judicial las mismas obligaciones, si se les requiere al efecto.

El derecho de hacer pesquisas, secuestros y demás diligencias de la instrucción del sumario, importa necesariamente la facultad de vencer ó destruir los obstáculos que pueden oponerse al ejercicio de ese derecho.

Corresponde al honor y dignidad de los agentes de policía judiciaria, así como á la de los jueces instructores, no extender sus investigaciones más allá de lo que exige su misión legal. Deben evitar las rebuscas, que no tendrían otra virtud que revelarles tan sólo el secreto de la vida privada de las personas, cuando no se relacionen con el hecho cuyas circunstancias quieran comprobar, ó con el descubrimiento de sus autores. Deben guardar discretamente los secretos que conozcan, ajenos á la cuestión. Sólo podrán retener la correspondencia de los prevenidos, de la cual resulten pruebas ó indicios de delincuencia.

Se estará además, en cuanto fuere aplicable, á lo dispuesto en el Cap. VII del Tít. XXIV del Proyecto.

Los objetos de que se hayan incautado los agentes de policía judiciaria, deberán ser guardados dentro de un saco, ó dentro del recipiente más adecuado, cuya cerradura se lacrará ó sellará; si esto no fuere posible, serán custodiados. Estas medidas tienden á que no sea posible alterar ó cambiar los objetos con que se relacionan, y á que, en todo evento, se tenga asegurada su identidad.

Los prevenidos tendrán derecho á asistir á las operaciones de investigación que hagan los funcionarios de policía judiciaria, ó de hacerse representar en ellas por persona que podrán designar verbalmente; lo que hará constar dicho funcionario, si tal ocurriese.

Cuando el interés del descubrimiento de la verdad lo exija, el prevenido deberá ser compelido á asistir á las diligencias; en éstas puede ser útil interrogarle sobre el lugar de los sucesos, y acerca de los objetos que allí se hallen; lo mismo en su domicilio. Si no pudiese ir ó ser llevado, por causa grave, se hará constar.

Tanto la facultad de asistir á las diligencias expresadas, que tendrán los prevenidos, como la de hacerse representar, se entiende que podrán ejercerse en cuanto no causen retardo en las operaciones.

Deben, los agentes de Policía judiciaria, anotar todos los actos que constituyen el delito ó la falta en el lugar de su ejecución, las circunstancias que los revelan, las trazas que han dejado, como por ejemplo, si se trata de un homicidio, el estado y posición del cadáver; si de un robo, las señales del escalamiento, fractura, etc.: si de heridas, su número y naturaleza, es decir, si es de arma blanca, ó cortante, ó de fuego, ó simple contusión. Deben describir los lugares en sus relaciones con la perpetración del delito ó falta; hacer designar los testigos, impedir su alejamiento y recibir sus declaraciones, que en general son más sinceras y completas cuanto más pronto son obtenidas; informarse sobre si hay sospechas contra alguna persona y en qué se fundan; tomar las señas de los individuos que han sido vistos en el lugar del delito ó falta ó en sus inmediaciones en la hora, poco antes ó después de ser cometidos; indicar las personas que pueden dar algunos datos útiles; interrogar á los vecinos, parientes y domésticos de la víctima, sobre aquello que puede esclarecer los hechos.

Deben apoderarse de las armas y de todo lo que perezca haber servido ó haber sido destinado á cometer el delito ó la falta, y también de lo que sea el producto; en fin, de todo lo que pueda servir á la manifestación de la verdad; deben interpelar al prevenido, para que explique las cosas y los hechos conocidos

Todas estas diligencias tendrán, pues, por objeto, ó son el medio legal de descubrir la verdad sobre un hecho punible, y por consiguiente, el funcionario que opera estas pesquisas debe poner en manos de la justicia todos los objetos y datos propios para lograr ese fin, tanto aquellos que pueden determinar la convicción del prevenido, como los que sirven para su descargo.

Las visitas domiciliarias, como la retención de la correspondencia, no podrán ser decretadas sino por los Jueces de Instrucción ó los demás con jurisdicción en cada caso; no pudiendo tener los funcionarios de policía judiciaria, á esos efectos, la iniciativa, sino la calidad de ejecutores por mandato de aquellos magistrados. Excepto los casos de *in fraganti delito*, en los cuales sean requeridos por los dueños de casa ó autorizados por ellos para practicar el examen de la misma y de los papeles que en ella se contengan, lo mismo su interceptación y secuestro.

De noche, á no ser por el consentimiento ó llamado del dueño de casa ó sus ocupantes, ni aún por decreto de juez competente, se podrá allanar el domicilio de ningún habitante del país; así lo prescribe el artículo 135 de la Constitución de la República.

La Guía Policial uruguaya, de que nos hemos ocupado en otro lugar, contiene disposiciones bastante acertadas en cuanto se refiere al *fuero del domicilio*. Dice así:

«Artículo 37. Cuando un delincuente que debe ser aprehendido por la Policía, sea el caso de flagrante delito ó exista orden de Juez para su captura, se asile en una casa, la Policía solicitará el permiso del dueño de ésta para entrar á efectuar el arresto ó prisión.

«Art. 38. Si el permiso de que habla el artículo anterior fuese negado por el dueño de la casa, la Policía se limitará á vigilar la salida, á fin de capturar al delincuente una vez que se encuentre en la vía pública.

«Art. 39. En el caso del artículo anterior, deberá también darse cuenta inmediatamente al Juez á que corresponda la causa, á fin de que decrete el allanamiento del fuero del domicilio en la forma determinada por la ley.

«Art. 40. Si el delincuente se hubiera refugiado en una casa de negocio, hotel, café, fonda, confitería, almacén, etc., podrán los agentes de Policía penetrar en persecución del criminal hasta donde es libre el acceso al público, debiendo guardar para el resto de la casa las formalidades que determinan los artículos anteriores.

«Art. 41. Si se hubiere refugiado el criminal en una casa de prostitución, podrá perseguírsele en toda ella sin llenar formalidad alguna.

«Art. 42. Lo mismo se procederá cuando el delincuente se refugie en un teatro ó circo, pudiendo los agentes verificar su captura entre bastidores y en los camarines.

«Art. 43. En los templos deberán llenarse las formalidades que determinan los artículos 37 á 39, tratándose de las piezas reservadas á los sacerdotes, y sólo en ese caso.

«Art 44. Deberán llenarse las formalidades de que hablan los artículos 37 á 39 tratándose del local de alguna asociación científica, artística, club social, etc., en que el acceso es reservado á los miembros; bien entendido que cuando no se trate de establecimientos que ataquen la moral ó sea su fin perturbar el orden público.

Art. 123—Inmediatamente que los funcionarios de Policía judicial tengan conocimiento de un delito ó falta pública, ó sean requeridos por delito ó falta de orden privado, lo participarán á la autoridad judicial competente ó al Fiscal del lugar, sin perjuicio de las medidas de prevención.

Conc.: art. 284 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 183 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Era una práctica inveterada en nuestro país, y lo es todavía en los departamentos de campaña, donde no existen Jueces de Instrucción, que la Policía, cuando tiene conocimiento de un hecho delictuoso se limita á tomar datos que somete con el parte á la autoridad judicial

competente después de reducir á prisión á los presuntos autores. El artículo 39 del Reglamento é instrucciones para las clases subalternas del personal de la Policía del Departamento de la Capital, aprobado por la Jefatura el 20 de Mayo de 1889, establece que en el acto de tener conocimiento de la muerte violenta de una persona, ó en caso de heridas, el agente policial procederá inmediatamente á asegurar al malhechor y sus cómplices y dar cuenta á su superior más inmediato, anotando el nombre y domicilio de las personas conocedoras del hecho; el artículo 40 dice que también, ese agente, procederá á dar cuenta al superior más inmediato, cuando tuviere dudas acerca de la causa de la muerte de un individuo, ya se encuentre el cadáver en la vía pública ó en el interior de una casa, cuidando en cada caso, que no sea removido, y anotando, según el artículo 41, la posición en que se hallaba el cadáver en el momento de su intervención, la situación de los objetos más cercanos, y las personas que se encontraban en el paraje, así como las que requirieron su intervención. El artículo 70 de la Guía Policial de 1883, prescribe, que, cuando la Policía arreste ó aprisione á alguien, elevará en el mismo día el parte del delito cometido al Juez correspondiente, poniendo al arrestado á su disposición; en dicho parte se designarán detalladamente las circunstancias que se relacionen con el delito ó crimen, así como las que se refieran á la persona del presunto delincuente y á sus antecedentes conocidos. La acción policial, dice el artículo 8.º siguiente, se reduce á conseguir los datos necesarios por medio de la declaración voluntaria de los presuntos delincuentes y de los testigos, consignando en el parte en cualquier caso, el nombre y domicilio de estos últimos, á fin de que el Juez pueda ordenar su presentación para interrogarlos en la forma que ordene la ley.

De manera, que la Policía ha instruído, puede inferirse, todo un proceso, á raíz de un hecho criminal, ó que se presume tal: lo que conceptuamos procedente, y deseamos en nuestro Proyecto que asuma mayor amplitud y significación probatoria; pero, el Juez competente es quizás el último vecino que llega á saber lo ocurrido, al menos por oficio de la autoridad policial, porque ésta no está obligada á comunicarle nada al respecto sino al tiempo de poner á su disposición al preso ó inculpado por el delito ó falta, que bien puede suceder sea en el día del suceso, ó que sea varios, ó un mes, ó un año ó varios después.

Es fácil prever las graves consecuencias que pueden derivarse de la remota intervención judicial en el esclarecimiento sumario de la verdad en estos acaecimientos, sobre todo cuando las leyes y reglamentos vigentes no dan á las atestaciones del parte policial ninguna fuerza probatoria, quedando tan sólo relegadas á servir de base á la iniciación del proceso por los jueces instructores. Y más graves deben ser esos resultados, funestos para la sociedad, para el reo y los derechos individuales amenazados, si esa Policía, en vez de ser una institución especialista, es un conjunto de individuos ineptos, puestos al servicio de

muchos fines, y lo que es más peligroso, como sucede entre nosotros, al servicio de la política, como quien dijera de las pasiones y de la parcialidad.

Entonces, pues, ocurren los jueces, cuando hay ó una omisión involuntaria ó una premeditada adulteración de las circunstancias de tiempo ó de lugar, capaces de desorientar el recto criterio del magistrado haciendo infructuosa su intervención.

No ha muchos años, un horrible asesinato llenó de pavor á una de nuestras más cultas y progresistas ciudades del Uruguay. El hecho sucedió á eso de las 11 de la noche. La policía y los vecinos más cercanos al sitio del crimen acudieron á él; la primera tomó datos y providencias verdaderamente deficientes; empleó largo tiempo en averiguaciones vanas.

Entretanto, el Juez Letrado Departamental y los demás Jueces del lugar, dormían ó ignoraban lo que pasaba, hasta que á las 10 de la mañana siguiente. recién se dió aviso al Juez Letrado Departamental. Hasta ese momento no se tomó medida seria alguna, y hay quien el sumario producido y la causa toda ha visto y estudiado, y asegura que si el Juez interviene en los primeros momentos después del crimen, los autores purgarían hoy su horrible acción, y no habrían quedado sus nombres en las sombras del misterio.

Tenemos por evidente que las medidas de *prevención* que adopten los agentes de policía judiciaria son impostergables; pero, creemos que en cuanto sea posible y ellas no se perjudiquen, deben, dichos agentes, dar el aviso que corresponde al Juez de Instrucción más inmediato ó al que más pronto hallaren, ó al Fiscal de la jurisdicción, que tomará á su cargo impetrar al Juez competente su intervención, y entretanto ésta no se verifique, reunirá los datos que le proporcione la policía judiciaria, puesta á sus órdenes desde entonces, y los que de por sí, con sus propias observaciones y disposiciones obtenga, así como el arresto de los autores del delito ó falta pública, sorprendidos *in fraganti;* ó siendo requerido por la parte agraviada, cuando sólo corresponde la acción privada contra el delincuente.

Los Fiscales de lo Penal, hasta ahora han representado y representan un papel pasivo en la instrucción de los sumarios; pero es innegable que resultarán en adelante, mediante la sanción de nuestro Proyecto, grandes ventajas de su coparticipación *á prevención*, tal como la tenemos proyectada, en la formación del sumario; su ilustración, sus aptitudes é idoneidad puestas aunque accidentalmente al servicio auxiliar de los jueces, son seguras garantías del más esclarecido éxito en la averiguación del delito y sus autores, cómplices y encubridores. A tal punto esto se tiene por verdadero, que en algunos países, como en Italia, los funcionarios sumariantes son los representantes del Ministerio Público, que más tarde son los acusadores. Sin embargo, en nuestro concepto esto puede ser peligroso, porque pone en manos de un solo

hombre el medio y el poder de preparar la base de la acusación que está llamado á producir por ministerio de la ley. Los jueces de instrucción, entre nosotros, serán un elemento regulador, por el que á la vez de garantirse la efectividad del derecho social, éste no suplantará ó absorberá los derechos individuales; unos y otros deben equilibrarse en el fiel de la justicia. Aun los más ardientes partidarios de la institución del Ministerio Público, como Manduca, con la particularidad de que éste ha ejercido ese cargo largos años de su vida, no estiman justo confiarle toda la instrucción preparatoria del juicio penal. Hecha abstracción de que está ocupado en la elaboración de sus muchos y variados cometidos, por los que no tendría tiempo bastante para expedirse pronto, oportuna y satisfactoriamente en todos ellos, *queriendo ó sin querer se aficionaría á su obra.* Por esto es necesario un magistrado que valore en el crisol de la crítica los elementos y los resultados de la instrucción misma.

Lucca, afirma que el Ministerio Público, parte perseguidora, no puede realizar ningún acto instructorio; porque en su opinión, de otro modo haría oficio de magistrado judicial: es extraño, dice, y absurdo. verlo al mismo tiempo promover la acción penal, recoger las pruebas, examinar testigos, interrogar acusados, contra el principio que *nemo simul esse potest acusator et judex.* Estaríamos de perfecto acuerdo con Lucca si el interés social no pugnara con este principio jurídico, si el fin supremo de la justicia no exigiese á veces el desgarramiento del mismo, en parte: porque, ¿de qué nos serviría tener acusadores y jueces, si en un caso dado, no recogiéramos los datos precisos para el establecimiento de la verdad en el fallo judicial, dispuesto á desaparecer con el más breve transcurso de tiempo? ¿Acaso el Juez de Instrucción está destinado á fallar sobre la criminalidad del reo presunto, lo que en absoluto haría que las funciones de Juez instructor fueran incompatibles con las del Ministerio acusador? ¿Quiérese, estableciéndose esa incompatibilidad absoluta, obviar los peligros de la parcialidad, que sólo por excepción puede ser posible en los altos funcionarios del orden judicial? ¿No sería mayor el peligro que resultase de maniatar á los agentes del Ministerio Público, frente á frente de un delito, del que no pueda tomar nota ni siquiera un policial, porque no lo hay, ó por impedimento, ó por ineptitud? Al fin y á la postre, el representante del Ministerio Público no ejercita una acción personal, un derecho propio, individual, y sería raro que inspirándose en el bien público, que comprende el bien de cada uno de sus conciudadanos, quisiera sembrar el mal de éstos por un afán de dañar tan criminal como el delito mismo, para reparar otro mal.

El derecho del Ministerio Público á instruir diligencias del sumario, responde al principio de la necesidad, tan respetable como cualquiera otro; y por ello es que únicamente sólo puede ejercerse en ciertos y excepcionales momentos: á falta de Juez instructor, cuando la comproba-

ción de las primeras huellas del delito, como decía Manduca, es de importancia extrema, y los actos instructorios tienen una prevalente influencia en la dirección del proceso.

El aviso al Juez instructor ó al Fiscal, deben darlo los funcionarios de policía judicial, por los medios que las circunstancias les sugieran ó les proporcionen, si bien procurando la mayor publicidad ó autenticidad posible, á efecto de salvar responsabilidades. Nadie, á no estar legítimamente impedido, ó por causa justa, podrá excusarse de prestar su concurso al agente policial, con el objeto de que éste cumpla con ese importante requisito legal; el cual no impedirá que el mismo funcionario se valga de cualquier medio ó persona para avisar del hecho, también á sus superiores jerárquicos. La forma escrita sería la mejor para el aviso al Juez ó al representante del Ministerio Público, y para esto, para hacer más pronto la expedición, más clara y precisa, fueran útiles los formularios que el Superior Tribunal de Justicia podría mandar hacer, y que sería obligatorio para los policianos judiciarios llevar consigo á todas partes, á fin de llenar los claros en cada caso en que tuvieren que intervenir.

Art. 124—Si concurriese algún funcionario de Policía judicial de categoría más elevada á la del que estuviese actuando, deberá éste darle conocimiento de cuanto hubiese practicado, poniéndose desde luego á su disposición.

Conc.: art. 285 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 125—Apenas el Juez de Instrucción se presente á formar el sumario, cesarán las diligencias de prevención que estuviese practicando cualquiera autoridad ó agente policial; debiendo éstos entregarlas en el acto á dicho Juez, así como los efectos relativos al delito, que se hubiesen recogido, y poniendo á su disposición á los detenidos.

Conc.: art. 286 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 185 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Ya sea por los avisos que hace obligatorios el artículo anterior, ó por noticia que se haya tenido por otro conducto, ó ya sea por efecto de la casualidad, sucederá que concurran al lugar del suceso, ó algún superior jerárquico del funcionario policial que realiza las diligencias preventivas, ó el Juez de Instrucción competente.

Entonces, el funcionario policial debe dar cuenta circunstanciada de

lo sucedido y de lo hecho por él, al superior ó al Juez, quedando á disposición del uno ó del otro, á quienes entregará esas diligencias si constaren por escrito y los efectos del delito ó falta y las personas detenidas. Esta medida es naturalmente de buen orden, es lógica. El inferior cede al superior, porque éste abarca mayor jurisdicción y la ejerce sobre aquél, y le supera probablemente por su intelectualidad, mayor práctica, mayor sagacidad; al menos así debe ser si se hace de la institución policial una carrera en la cual asciendan sus individuos merced al mérito comprobado y no al favoritismo.

Art. 126—Los funcionarios que constituyen la Policía judicial practicarán sin dilación las diligencias que los funcionarios del Ministerio Público les encomienden para la comprobación del delito ó falta y averiguación de sus factores, y todas las demás que durante el curso de los procesos les encomienden los Jueces.

Conc.: art. 287 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 127—El Ministerio Público y los Jueces podrán entenderse directamente con los funcionarios de Policía judicial, cualquiera que sea su categoría, para todos los efectos de este título; pero si el servicio que de ellos exigiesen admitiese espera, deberán acudir al superior respectivo del funcionario de Policía judicial, mientras no necesite del inmediato auxilio de éste.

Conc. art. 288 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Hasta ahora hemos tratado en los artículos anteriores del cometido de los agentes de Policía judicial que por sí mismos tienen que cumplir; tócanos después de esto, decir que les incumbe cumplir las diligencias que los Fiscales y los Jueces de lo penal les encomienden para la comprobación del delito ó falta y para la averiguación de sus factores y todas las demás circunstancias que fuesen necesarias. En estos casos la misión de la policía judiciaria es ejecutiva, y no cabe que discuta ni ponga observaciones sobre la procedencia ó improcedencia del mandato, que deberá acatar sin dilaciones y con la más exacta rectitud.

Ha sido corriente y es aún, entre nosotros, que los Jueces que son los únicos encargados de sumariar por delito ó falta, se comunicaran

por escrito con el funcionario policial de mayor jerarquía en su jurisdicción; así, los Jueces Letrados con los Jefes Políticos y los Jueces de Paz con los Comisarios (en campaña). Había que aprehender á un sujeto: el Juez Letrado debía recurrir al Jefe Político, para que éste á su vez impartiera las órdenes respectivas entre sus subalternos; lo mismo hacen y hacían los Jueces de Paz respecto de los Comisarios. El resultado de este cambio de notas, es que *Fulano*, autor de homicidio, que á la hora de ser decretada su prisión por el Juez vagaba por las calles de la ciudad, ha sabido de algún modo la requisitoria judicial ó la ha previsto, y mientras se pasó nota á la Jefatura y ésta dió sus órdenes escritas también á sus Comisarios seccionales, puso pies en polvorosa y desapareció, para no ser hallado quizás y penado como correspondería.

¿No habría sido más propio de la buena justicia, que el Juez ó el Fiscal, en un caso, hubiesen dado orden directa de prender á Fulano, al agente policial más inmediato ó que pudiere más fácilmente aprehenderle? Si en el lugar del suceso á donde ha ido el Magistrado, éste ve que es precisa la citación de alguna persona, la asistencia de algún perito, la prisión del presunto reo, ¿por qué razón natural siquiera, no podría conseguirlo valiéndose del primer agente policial que tuviese á su lado ó más cerca, sin necesidad de recurrir al superior de todos, esterilizando su oportuna intervención por un convencionalismo ó cortesía insustancial?

Los jueces, más de una vez han querido romper con esa práctica muy propia ciertamente de nuestra organización judicial y policial; y á falta de un precepto que les autorizase á entenderse directamente y en cualquier modo con cualquier funcionario policial, fuese cual fuese su categoría, se han visto envueltos en conflictos enojosos, en una verdadera contienda de competencia ó sobre invasión de jurisdicción, que ha concluído por distanciar funcionarios y paralizar la secuela del asunto principal. No ha sido bastante una consideración de interés público, la suprema urgencia, para convencer al Jefe Político que no se ha pretendido deprimir su autoridad ó la dignidad de su cargo, ó invadir atribuciones. La administración de justicia, sin el espíritu de tolerancia entre autoridades diversas, tan útil, había de padecer y de resentirse.

Las dificultades serán menores si, como deseamos, la Policía deja de ser mixta y dependiente del Poder Ejecutivo y pasa á ser una institución anexa á la Administración judicial, dependiente de ella, algo así como una nueva y *sui géneris* magistratura, esencialmente judiciaria.

Debe existir la sumisión directa de cualquier agente policial de justicia á los mandatos del Juez ó Fiscal de lo Penal, en cuanto éstos la consideren indispensable para el más eficaz y pronto éxito que se proponen; pero será siempre de buen orden y redundará en mayor respeto de la

institución policial y reconocimiento de sus jerarquías, que los Jueces y Fiscales se dirijan, si no hay apremio, á los superiores, para que éstos dispongan sobre sus inferiores y se acentúe el espíritu de disciplina que debe imperar en toda corporación, porque le da vida, cohesión y unidad. Es difícil determinar qué diligencias son más urgentes que otras en el sumario, pues todas son relativamente urgentes, y no hay obstáculo para su conclusión que no deba removerse; queda al arbitrio prudente del Juez ó del Fiscal instructor, la calificación correspondiente, desde luego que ellos son los únicos que conociendo el estado de las diligencias pueden calcular el alcance y trascendencia de las que encomiendan á la policía judicial.

Art. 128—El funcionario de Policía judicial que por cualquier causa no pueda cumplir el requerimiento ó la orden que hubiese recibido del Fiscal, ó Juez, lo pondrá inmediatamente en conocimiento de los mismos para que provean de otro modo á la ejecución de lo requerido ó mandado.

Si la causa no fuera legítima, el requirente ó mandante lo hará saber al superior jerárquico del que se excuse, para que lo corrija disciplinariamente, si no ha incurrido en la responsabilidad del artículo 135.

El superior jerárquico comunicará al que dió la queja, la resolución que hubiere adoptado con motivo de ella.

La disciplinaria será la aplicación de una multa equivalente de *uno* á *quince* días de sueldo.

Conc.: arts. 289 y 290 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Puede acontecer que los individuos de la policía judiciaria se hallen impedidos momentáneamente para ejercer el cargo que se les confíe por el Juez de Instrucción ó los Fiscales de lo Penal, ya sea por imposibilidad física ó moral superviniente, ó ya porque tengan que cumplir alguna otra comisión incompatible con la nueva, que urja más. Pues bien, si hubiese cualquiera de esas causas ó alguna análoga, debe hacerlo saber al comitente, para que provea de otro modo ó se valga, mejor dicho, de otro agente policial que pueda llenar el cometido. Si la causa de excusación fuese ilegítima, no fuese bastante como por derecho se requiere y el funcionario policial persistiese en excusarse no obstante las observaciones que le hiciere el comitente, éste deberá dar

noticia del incidente al superior jerárquico policial, para que imponga al omiso el castigo disciplinario á que haya lugar, á no ser que por la gravedad del caso haya de hacerse efectiva la responsabilidad que establece el artículo 135 del Proyecto. Será pena disciplinaria una multa equivalente de *uno á quince* días de sueldo, cuando esa rebeldía sea menor, y comunicada al funcionario jerárquico superior. Éste deberá participar inmediatamente al que dió la queja, la resolución que hubiere adoptado con este motivo, cuya formalidad tiene por objeto el control de la conducta observada por el superior jerárquico en satisfacción de la exigencia judicial y es á la vez un acto de cortesía. El castigo disciplinario es obligatorio toda vez que el funcionario judicial comitente comunique al de policía competente la rebeldía del inferior; de manera que el superior no tiene sino la libre facultad de aplicar ese castigo entre el mínimum y el máximum establecido.

Art. 129—Los funcionarios de Policía judicial harán expediente en papel simple de cuanto actuasen, en la mejor forma y verdad.

Toda atestación se firmará por el que la hiciere y las personas que presenciaron las diligencias respectivas, y si no firmaren se indicará el motivo. Quedan excusados de firmar por justa causa; y si no la hubiere, el Juez competente, que será el del juicio, les condenará á multa de 20 á 100 pesos ó á prisión equivalente.

A falta de atestación por falta de medios para hacerla, bastará la relación oral del funcionario de Policía judicial, que reducirá á escrito el Fiscal ó el Juez que recibiese tal relación.

Conc.: arts. 292, 293 y 294 de la Ley de Enj. Crim. Española—arts. 190, 191 y 192 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 16 del Cód. de I. Crim. Francés—art. 59 del Cód. de P. Penal Italiano.

La atestación escrita se reputa la más auténtica y fidedigna; por eso es que los agentes de policía judiciaria deben estar provistos de lo necesario para efectuarla. Ante todo, débeseles exonerar de sellado, porque ejercen un cargo de oficio, público, y es dificultoso que puedan obtenerlo en cualquier instante. Deben, pues, extender sus diligencias en papel simple, procurando que sea adecuado y uniforme, como para hacer expediente. El empleo de la tinta es más recomendable que la del lápiz-grafito, porque es más indeleble, se presta menos á las adulteraciones.

En el atestado que dichos funcionarios verifiquen, describirán con la mayor exactitud los hechos averiguados, insertando con la separación suficiente, las declaraciones é informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y puedan servir de prueba ó indicio del delito.

El funcionario de Policía firmará su atestación é invitará á las personas que hayan intervenido en sus diligencias, á que la firmen, de lo que no podrán excusarse sino por justa causa, y en defecto de ésta serán condenados con multa de *cincuenta á doscientos* pesos por el Juez que entendiere en el plenario del juicio que corresponda, cuando dictare sentencia definitiva. Fuera absurdo dejar sin sanción penal esa negativa infundada, irracional; en primer lugar, por el interés público que hay en la mayor seriedad y autenticidad de esas diligencias, y en segundo, porque ellas sirven de punto de partida del proceso y tienen, como se verá, su valor probatorio.

La relación oral que en la imposibilidad de atestar debe hacer ante el Juez ó el Fiscal competente el funcionario de policía judiciaria, deberá ser circunstanciada, precisa, minuciosa y recibirse y extenderse con la mayor claridad y fidelidad. Conviene que dichos funcionarios receptores tomen nota del motivo que obstó á que se hicieran en la forma de atestaciones esas manifestaciones del funcionario policial, para que el magistrado provea ó haga á quien corresponda la debida advertencia, para que en lo que dependa de la dirección superior de la Policía judiciaria no se repitan esas causas, por omisión voluntaria ó negligencia y abandono culpables.

Art. 130—En ningún caso, salvo el de fuerza mayor, los funcionarios de Policía judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento á la autoridad judicial competente ó al Fiscal del lugar, de las diligencias que hubiesen practicado.

Los que infrinjan esta disposición serán penados disciplinariamente con multa de cuatro á cien pesos, que será infligida por el superior jerárquico.

Conc.: art. 295 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 131—Cuando hubieren dichos funcionarios policiales practicado diligencias por orden de Juez ó Fiscal competente, darán á los mismos cuenta del resultado, dentro de

los plazos que se les hubiere señalado, bajo la responsabilidad del artículo anterior.

Conviene especialmente en los procedimientos que tienden á un objetivo reparador y penal, que lo arbitrario no aparezca sino por excepción. A este fin se dirige el señalamiento de términos en el artículo 130 del Proyecto, aguijoneando el celo de los funcionarios que dentro de ella deban expedirse ó dar cuenta ó noticia de su intervención en la inquisición de los delitos ó faltas, á los Jueces competentes ó al Fiscal del lugar. Y decimos del lugar, porque sería absurdo y más que absurdo, arbitrario, pretender que dentro del término de veinticuatro horas pudieran aquellos empleados de justicia trasponer distancias que excedan del radio de la localidad, ó pueblo, ó ciudad donde ejerzan. Si es en campaña, el término podrá computarse á razón de un día por cada *cinco kilómetros*, á contar desde las primeras veinticuatro horas siguientes á la en que concurrió dicho empleado al sitio del hecho delictuoso.

Art. 132—Las atestaciones y declaraciones que hicieren debidamente los funcionarios de Policía judicial, en lo referente á hechos de conocimiento propio, tendrán el valor probatorio de verdaderos testimonios, las demás servirán de simples denuncias.

Art. 133.—Los funcionarios de Policía judicial se sujetarán en sus diligencias á las prescripciones de este Código, so pena de nulidad.

Considerando que las diligencias practicadas por los funcionarios de Policía judiciaria, estando revestidas de las solemnidades de la ley, según el artículo 133, tienen tanta ó mayor trascendencia é importancia cuanto que la policía expresada no está destinada tan sólo á denunciar hechos sino á recoger datos y sustituir provisoriamente á la autoridad judicial llamada principalmente á instruir sumarios, preciso es reconocer autenticidad á lo que actúen. Si no fuera así, mucho bueno que ellos recogieran en el lugar de los sucesos criminales, sería perdido para el buen éxito de la justicia penal, tanto más si se tiene en cuenta que la policía judiciaria deja de sér una rama de la Policía general, para ser una institución apropiada, apta, preparada, formada para su fin único, por la especialización de funciones, vinculada á las autoridades judiciales, independiente del Ejecutivo. El valor probatorio de sus atestaciones acerca de lo por ella misma observado, de diligencias practicadas por su iniciativa ó con su intervención directa, son y deben conside-

rarse una fuente de prueba, lo mismo la relación que haga á falta de atestación sobre hechos ú observaciones propias en el ejercicio de su ministerio.

Ni las leyes del país ni las resoluciones judiciales y administrativas han dado á los PARTES de las autoridades policiales, otro carácter que el de simples elementos ilustrativos, ó *bases, según su importancia,* para la instrucción ulterior del sumario sobre los hechos á que esas indagatorias ó esos partes se refieran, siempre que se trate de delito infraganti del fuero común (artículo 144 del Código de I. Criminal de la República Oriental del Uruguay). Esto será lógico, desde que á la policía judiciaria le falte la organización que proponemos, y en vez de ser una dependencia del Poder Ejecutivo como lo es actualmente, formando una de sus ramas, sea una institución anexa, inseparable de los Juzgados y Tribunales de justicia penal. Es natural que la *Policía,* tal como es entre nosotros, *no se ingiera en las atribuciones de los jueces,* como decía un decreto gubernativo del 25 de Abril de 1827; es decir, no instruya sumarios con la autoridad supletoria de aquellos magistrados, sino que se limite á hacer una indagatoria sucinta, superficial, ganando tiempo para ponerla con los presuntos reos de delitos á disposición del Juez competente; porque de esta manera se logra el propósito de salvar la independencia del Poder Judicial y el libre ejercicio de los derechos individuales que pueden ser comprometidos.

Art. 134—Toda omisión grave, voluntaria é injustificada de los funcionarios de Policía judicial, será penada con multa de 20 á 100 pesos, é inhabilitación especial de uno á tres años en caso de reincidencia, salvo los casos singulares previstos por la ley.

Este artículo señala los límites de las penas aplicables por los jueces á los funcionarios de Policía judiciaria en caso de omisión grave, voluntaria é injustificable, ó que no obedezca á justa causa. Los jueces determinarán entre el mínimum y el máximum, la pena que corresponda, según sea la omisión. Se entenderá que hay reincidencia, cuando después de haber sufrido el funcionario policial una pena por omisión, incurre en otra, cualquiera que ella sea. Si la falta cometida fuere con ocasión de una orden ó mandato dada por un Fiscal de lo Penal, éste no tendrá autoridad propia para castigar. De acuerdo con la disposición que comentamos, sólo podrá denunciarla al Juez instructor, para que éste calificando el hecho imponga el condigno castigo.

TÍTULO IX

CAPÍTULO ÚNICO

De la citación de los presuntos reos de delito ó falta

Artículo 136—La persona á quien se impute un acto punible, deberá ser citada sólo para ser oída, á no ser que la ley disponga lo contrario, ó que desde luego proceda su detención.

Conc.: art. 486 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 137—Si el citado con arreglo á lo prevenido en el artículo anterior, no compareciere ni justificare causa legítima ó no tuviere residencia fija, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención.

Conc.: art. 487 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 84 de la Ley de I. Crim. Boliviana.

Art. 138—Durante la instrucción de la causa, el Juez instructor mandará comparecer á cuantas personas convenga oir, por resultar contra ellas algunas indicaciones fundadas de culpabilidad, tratándose de delitos ó faltas que deban perseguirse de oficio.

Conc.: art. 488 de la Ley de Enj. Crim. Española.

El capítulo que queremos introducir como novedad en nuestro sistema procesal, está redactado principalmente en consideración al respeto debido á la personalidad humana y como una garantía más de acierto para juzgar acerca de la presunta culpabilidad de aquel á quien se imputa la comisión de un acto punible. Fuera de los casos en que la ley dispone la detención ó prisión, muchas veces no es posible fundar presunción alguna, ni sobre la delincuencia, ni aún acerca de la índole de los hechos que la constituyan, sin oir á la persona contra quien se dirigen los cargos. La máxima universal de que á nadie puede con-

denarse sin oírsele debe tener aplicación lo mismo en el fundamento de una ligera sospecha que cuando existen motivos racionales de culpabilidad; porque no es lícito, pertenezca ó no esta prohibición más á la moral que al derecho, poner en duda la inocencia de una persona, sin que ésta explique satisfactoriamente su conducta, bien para justificarla, ó bien para afirmar el prejuicio de una opinión incipiente, contraria.

La citación procede en los casos en que se imputa á alguien, ó se sospecha de alguien, su participación en un hecho criminoso, y sin que dicha imputación y los fundamentos de semejante sospecha constituyan *semiplena* prueba, que autorizaría la detención, ó el arresto. No es ya una medida preventiva ni represiva sino más bien un medio de ilustrarse los jueces instructores, ya sea para confirmar la inocencia del citado, ó para basar según sus declaraciones un auto de arresto y la práctica de otras diligencias. El mandato de comparecencia, como podemos llamar á la *citación*, no constriñe, es más una invitación que una imposición, y aunque naturalmente la forma en que tiene que expedirse sea imperativa, libra su acatamiento á la voluntad del citado; no envuelve en sí ningún medio de apremio; el presunto culpable debe acudir espontáneamente para su cumplimiento.

La persona á quien se imputa un delito ó falta tiene á su favor, siempre, la presunción de su inocencia; pero hay que observarla con cautela para evitar que eluda la acción de la justicia en el caso de ser ella la verdadera culpable. Para esto, debe entenderse que la citación será sencilla, para que no se convierta en un aviso previo al culpable que le permita ponerse á cubierto de la investigación. A nuestro juicio, debe contener los requisitos indispensables á su objeto, pero ninguno que revele ni remotamente á la persona citada el carácter con que aparece en las diligencias practicadas. Indicación del Juez ó Tribunal que dicte la resolución, nombre y apellido del citado, lugar, día y hora en que haya de concurrir, y en todo caso, la exposición de « para ser oído » ó « dar las explicaciones que se le pidiesen », serán el texto de la cédula respectiva.

La *citación* guarda analogía con la *detención*, en cuanto á que ambas tienden á obtener la presencia momentánea de los inculpados ante los jueces; pero, se distinguen entre sí porque la primera es *voluntaria*, se dirige á la voluntad del citado, mientras que la segunda es *forzosa*.

Los jueces, ya hemos dicho, no decretarán ninguna citación sino cuando las sospechas ó denuncias contra el inculpado, aún cuando graves, no tienen el valor de una semiplena prueba.

Para que no sea vejatoria é irrogue perjuicios al inculpado, conviene que se haga con señalamiento de un término prudencial, teniendo en cuenta las distancias y el género de ocupaciones del citado; así también, cuando comparezca se le tomará declaración ó se le permitirá hacer las exposiciones que quisiese y vinieren al caso, inmediatamente, sin causarle espera y molestia.

Si la citación ha sido hecha en forma y desobedecida, ó si citado el prevenido no concurriese á la audiencia que se le señalase ó dentro del término, sin motivo suficiente que se justifique, se decretará su detención. Es entonces que el inculpado se ha resistido á comparecer ó ha hecho caso omiso del mandato judicial. Luego, pues, no tiene derecho á una idéntica consideración, y el Juez tiene como una presunción de que el inculpado ha de huir, haciéndose más sospechoso de criminalidad. Por otra parte, fuera de temerse que siendo ineficaz una nueva citación degenerase en lo ridículo é irrisorio.

Puede suceder que el inculpado no tenga residencia fija. En este supuesto, difícilmente recibiría ninguna citación. Hay en tal circunstancia, evidente utilidad en que de inmediato sea habido y conducido á la presencia judicial, evitándose trámites frustráneos que demorarían por tiempo indefinido la comparecencia de quien fácilmente podría sustraerse á toda citación no sujetándose á paradero alguno.

Lo mismo que á los inculpados, deben los jueces mandar comparecer para ser oídos á cualesquiera individuos contra los que resulten en autos algunos indicios de culpabilidad, tratándose de delitos ó faltas que deben ser juzgados de oficio; de este modo se hará justicia más impersonal y por tanto menos sospechosa de parcialidad.

El objeto de la citación y de la detención, cuando procede, es que el presunto reo *sea oído* sobre lo que se le imputa, hemos dicho.

Pero de sus deposiciones puede resultar comprobada su participación en el delito ó falta, ó puede no resultar sino su inocencia ó nada que modifique su situación normal. En el primer supuesto, y si ha de recaer pena de prisión, de penitenciaría ó de muerte, corresponderá su prisión preventiva; en caso de no corresponder esas penas, pero sí otras que no sean corporales ó de naturaleza aflictiva como ellas, y en los demás supuestos, se le pondrá en libertad inmediata, sin perjuicio de la pena que deba imponérsele finalmente.

TÍTULO X

CAPÍTULO ÚNICO

De la detención

Artículo 139—Ningún oriental ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban.

Conc.: art. 139 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 140—Cualquiera persona puede detener é incomunicar:

1.° Al que in fraganti intentare cometer ó cometiese un delito ó falta de carácter público por los que recayere pena de prisión, penitenciaría ó muerte.
2.° Al que fugare del establecimiento penal en que se halle sufriendo condena.
3.° Al que fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal ó lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme ó ejecutoriada
4.° Al que fugare al ser conducido al establecimiento ó lugar mencionados en el número anterior.
5.° Al que fugare estando detenido ó preso por causa pendiente.
6.° Al procesado ó condenado que estuviere en rebeldía ó contumacia.

Conc.: art. 490 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 368 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 127 del Cód. de P. Crim. Alemán—art. 340 del Cód. de P. Penales Paraguayo.—art. 105 del Cód. de P. Crim. del Japón—art. 78 del Cód. de I. Crim. Salvadoreño.

Art. 141—El particular que detuviere á otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior.

Esta justificación se hará ante el Juez instructor que primero conociere; y en defecto de hacerla, incurrirá el detentador arbitrario en el castigo impuesto por el Código Penal á los que atentan contra la inviolabilidad personal.

Conc.: art. 491 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 341 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 142—La autoridad ó agente de Policía judicial tendrá obligación de detener é incomunicar:

1.° A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 140.

2.° Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en la ley pena de prisión, de penitenciaría, ó de muerte y no justificase estar en libertad provisional.

Con.: art. 492 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 102 del Cód. de P. Crim. Japonés.

Art. 143—La autoridad ó agente de Policía judicial tomará nota del nombre, apellido, domicilio y demás circunstancias bastantes para la averiguación é identificación de la persona del procesado ó del delincuente á quienes no detuviere por no estar comprendidos en ninguno de los casos del artículo anterior.

Esta nota será oportunamente entregada al Juez ó Tribunal que conozca ó deba conocer de la causa.

Conc.: art. 493 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 144—Dicho Juez ó Tribunal acordará también la detención de los comprendidos en el artículo 142, á prevención.

Conc.: art. 494 de la Ley de Enj. Crim. Española.

La detención, por lo que tiene de coercitivo, es hasta cierto grado una privación de la libertad individual.

El artículo 130 de la Constitución establece que todos los habitantes de la República O. del Uruguay tienen derecho á ser protegidos en el goce de su *libertad*, como en el de su vida, honor, seguridad y propiedad, y que nadie puede ser privado de este derecho sino conforme á las leyes. Esta proclamación de un principio tan grande y fundamental, es la misma que se incorpora en el artículo 139 de nuestro Proyecto.

La libertad de los habitantes del país tiene su límite en la trasgresión de las leyes, en la necesidad de reparar el daño y de prevenirlo asegurando, juzgando y castigando al malhechor; pero, tan sólo en los casos en que el castigo que debía imponerse consista en la privación de la libertad personal Sería absurdo detener ó encarcelar á un sujeto cuando se le hubiere de condenar á multa ó á destierro, ó inhabi-

litación. El inculpado de delito ó falta que apareja pena de prisión, penitenciaría ó muerte, si es visto in fraganti delito, ó trata de sustraerse á la acción de la justicia, autoriza por lo mismo al magistrado para asegurarse de su persona; lo mismo cuando ha sido citado y no comparece y cuando no tiene residencia fija.

La detención se divide en el Proyecto de igual manera que en la legislación española: en *potestativa* y *obligatoria*, respecto de la persona que la ejecuta; á la primera corresponden los casos previstos en el artículo 140 del Proyecto, y á la segunda los de los artículos 142 y 144. La enumeración de los del artículo 140 tiene por origen la necesidad de la conservación del orden público, que á todos y á cada uno de nosotros nos interesa: negar á los habitantes del país el ejercicio de esa facultad, sería algo así como negarles el derecho de defensa contra aquellos cuyos actos ponen ó pueden poner en peligro el goce de la seguridad, de la propiedad y de la vida. De ningún modo podrá estar mejor servido el derecho social sino cuando está á cargo de cada uno de los asociados el cuidado y la vigilancia austera y reglada por la ley sobre aquéllos que en mal hora cometen atentado ó eluden los efectos de un proceso ó de una condenación justamente dictadas.

El derecho de contribuir á la acción de la justicia penal, lo mismo encuentra su fundamento en los motivos de prisión que en los de detención, porque al fugarse la persona comprendida en la orden que acuerda una ú otra privación de libertad, verifica un acto de desobediencia á la autoridad y trata de evitar las consecuencias del procedimiento criminal, en el que son parte más ó menos directa los individuos tódos de la sociedad, en cuya eficacia están tan interesados, como que toca á la salvación común.

La autorización para detener podría convertirse en un arma de arbitrariedad, cuyas consecuencias serían funestísimas, desde luego que estuviese en manos de cualquiera, al servicio de odiosas pasiones, ruines venganzas y caprichos, el más preciado de los derechos: el de la libertad personal; siempre que la ley no la circunscribiese á los casos en que haya motivos racionalmente suficientes que la justifiquen y no impusiera la obligación de su justificación, al mismo tiempo que las responsabilidades severas que tales actos atentatorios aparejarían por razón natural ¿Quién tendría la seguridad de seguir sus destinos y propósitos más puros si en todo momento estuviera expuesto á la interposición aviesa é impune de un insensato? ¿Quién podría considerar garantido el goce de su libertad? ¿No sería vana la proclamación de principios hecha por la Constitución del Estado y por el mismo Proyecto, si no hubiere sanción penal contra los que de ex profeso y maléficamente los vulneran? He aquí por qué el artículo 141 establece frente al derecho de detener, en nombre de la salud pública, el derecho de exigir la justificación de la racionalidad de la detención, en nombre de la libertad individual, debiendo prestarla el que detiene;

garantía justa, que, como dice Reus, si bien refrenará el uso de aquella autorización por el deber que lleva consigo, es necesarísima á la tranquilidad y bienestar del ciudadano.

Por cuanto el artículo 141 declara grave la responsabilidad del que detiene, será equitativo que la justificación pueda hacerse con la mayor amplitud, conciliable con la marcha regular del proceso á que el supuesto delito ó falta dé lugar. Esta justificación es independiente del proceso y no puede impedir que la detención se lleve á cabo. De ahí las palabras «haber obrado» que se emplean en la redacción de aquel artículo. Aquella disposición tiende á proporcionar al detenido los medios de exigir una reparación debida á los perjuicios que le causara un acto manifiestamente arbitrario, ejercido sin fundamento alguno racional ni legal. La justificación sucederá á la detención y no anulará los primeros efectos de ésta.

El derecho de detener, atribuído á los particulares, está basado en la necesidad de la vindicta pública, en el interés social, de todos ;esto excluye la detención por delitos de naturaleza privada, cuya persecución la ley confía solamente á la acción del damnificado.

El sistema inquisitorio aplicado por los particulares, autorizado por la ley, sería un motivo de desquicio é inmoralidad, sería más perjudicial que cualquier otro delito Esta reflexión nos induce á establecer en el número 1.º del artículo 140, que la detención sólo procederá cuando el delito ó falta, ó la tentativa sean flagrantes.

Como la detención es un principio de seguridad del presunto reo, y ésta debe tener lugar únicamente cuando haya de aplicarse pena de prisión, penitenciaría, ó de muerte, conceptuamos lógico no autorizar á nadie á que la verifique por delitos ó faltas que aparejan pena de otra especie.

La detención en los casos previstos en el artículo 140 del Proyecto es un derecho de los particulares, y por ello es facultativa; pero tratándose de la detención que han de ejercer funcionarios de policía judiciaria, llamada á auxiliar á los jueces, por su institución, ella se hace obligatoria y debe extenderse, aparte de esos casos, en otros; por ejemplo, cuando el presunto autor de un delito esté procesado ó sometido á un procedimiento penal de oficio y no obstante se halle en libertad sin el justificativo de su excarcelación provisional. La Policía judiciaria debe por sus fines afianzar la acción de la justicia penal, y es lógico que detenga á quien estando procesado se encuentra libre bajo la presunción de haber burlado la prisión ó detención probablemente decretada contra él, y quizás cumplida en parte.

Cuando el delito cometido, ó la falta, no den mérito á detención por no hallarse comprendidos en los presupuestos del artículo 142, la autoridad ó agente de Policía judiciaria tomará nota del nombre, apellido, domicilio y demás señas bastantes para la averiguación é identificación de la persona del presunto transgresor; y la guardará para ser en-

tregada oportunamente al Juez ó Tribunal que conozca ó deba conocer de la causa. Esto se refiere á los casos de delito ó faltas de orden público, por los que corresponde la intervención oficiosa de los jueces y del Ministerio Público. Como se comprenderá, esa nota será ó podrá ser una parte importantísima de la prueba y especialmente de la identificación del agente criminal.

Art. 145—El particular, autoridad ó agente de Policía judicial que detuviere á una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad ó entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma.

Si demorase sin justa causa la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal para los que atentan contra la inviolabilidad personal.

Conc.: art. 496 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 370 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 344 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 128 del Cód. de P. Crim. Alemán—art. 78 del Cód. de I. Crim. del Salvador y 80 de ídem—art. 106 del Cód. de P. Crim. Japonés.

Art. 146—Si el Juez ó Tribunal á quien se hiciese la entrega fuere el propio de la causa y la detención se hubiese hecho en los casos de los números 1.°, 5.°, y 6.° del artículo 140 y 2.° del artículo 142, elevará la detención á prisión ó la dejará sin efecto en el término de setenta y dos horas, á contar desde que el detenido le hubiese sido entregado.

Lo propio y en idéntico plazo hará el Juez ó Tribunal, respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado.

Conc.: art. 497 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 147—Si el detenido en virtud de lo dispuesto en el número 6.° del artículo 140 y en el 2.° del 142, hubiese sido entregado á un Juez distinto del Juez ó Tribunal que

conozca de la causa, extenderá el primero una diligencia expresiva de la persona que hubiere hecho la detención, de su domicilio y demás circunstancias bastantes para buscarlas é identificarlas, de los motivos que ésta manifestase haber tenido para la detención, y del nombre, apellido y circunstancias del detenido.

Esta diligencia será firmada por el Juez, el Secretario (Actuario), la persona que hubiese ejecutado la detención y las demás concurrentes. Por el que no lo hiciere firmarán dos testigos.

Inmediatamente después serán remitidas estas diligencias y la persona del detenido á disposición del Juez ó Tribunal que conociese de la causa.

Conc.: art. 498 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 148—Cuando el detenido lo sea por virtud de las causas 3.ª, 4.ª, 5.ª y casos de la 6.ª del artículo 140, el Juez á quien se entregue ó que haya acordado la detención, dispondrá que inmediatamente sea remitido al establecimiento ó lugar donde debiere cumplir su condena.

Conc.: art. 500 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 149—El auto elevando la detención á prisión ó dejándola sin efecto, se pondrá en conocimiento del Ministerio Público y se notificará al querellante particular si lo hubiere y al procesado, al cual se le hará saber asimismo el derecho que le asiste para pedir de palabra ó por escrito la reposición del auto, consignándose en la notificación las manifestaciones que hiciere.

Conc.: art. 501 de la Ley de Enj. Crim. Española.

La detención verificada con arreglo á las disposiciones que acabamos de motivar, debe ser al efecto de entregar y someter á la autoridad judicial competente más próxima al detenido. Prolongar esta

detención innecesariamente sin ese sometimiento, sería desvirtuar un procedimiento que, originario de la necesidad, é impuesto como un sacrificio de la libertad humana en holocausto á la conservación social y al cumplimiento de la ley penal, se separaría de su objeto y se alejaría de las causas de su justificación. Pues bien; en esta materia, cuanto se aparta de lo que podríamos denominar *justa necesidad*, cae en el dominio de lo arbitrario y de lo responsable. ¿Dónde estaría el derecho de mantener á un hombre privado de su libertad inútilmente y haciendo de la detención un uso para el cual racionalmente no ha sido autorizada?

Es indispensable señalar un término breve, dentro del cual deba ser puesto el detenido bajo la autoridad de su juez natural, porque de otro modo sería conceder cierta latitud al procedimiento, que reñiría con la celeridad tan recomendable para la conclusión de los procesos. La brevedad en el procedimiento es una de sus mejores cualidades.

Nadie tiene derecho de sostener la situación indecisa del prevenido, á quien por el contrario, hay que franquear cuanto antes los medios de su defensa natural y legítima.

La demora de la diligencia de entrega del detenido, prescrita con señalamiento de término en el artículo 145 de Proyecto, cuando fuese injustificada ó no esté fundada en la necesidad, será penada como delito contra la libertad individual (artículo 152 y correlativos del Código Penal de la República Oriental del Uruguay). Consiste la morosidad á que aludimos, en no entregar al detenido á su Juez más inmediato dentro de las 24 horas de su detención, si no es por fuerza mayor.

El artículo 146 señala el plazo de 72 horas para elevar la detención á prisión ó dejarla sin efecto en los casos en que el Juez, por razón de ser el que instruye la causa, ha ordenado ó efectuado la detención, tiene á la mano ó puede adquirir los datos indispensables para fundar la resolución respectiva. Dentro de ese plazo cuenta la investigación judicial el tiempo preciso para recapitular los elementos del sumario, constitutivos de la culpabilidad ó inocencia del prevenido, ó bien para reunir los que son indispensables á este fin.

El carácter y duración de la detención preventiva, deben ser atendidos singularmente por la legislación. Leemos en Tissot que, aunque no hubiera en la detención más que la privación de la libertad y el abandono de los propios negocios, abandono, que puede ser ruinoso, sería ya aquella medida sumamente grave, y si pudiera excusarse por la inminencia del peligro de dejar en libertad al acusado, no hay excusa posible para tratarle como un condenado; la más leve noción de la justicia basta para hacer comprender que esa medida sólo debe ser un modo de asegurar la persona y no una pena injusta; por lo tanto no debe tener un carácter penal, y debe durar lo menos posible.

La duración de la detención es diversa en las distintas legisla-

ciones porque ella procede; pero más ó menos larga esa duración, queda definida reconociéndose el principio en que se funda. Debemos convenir en que una detención, aunque de cierta duración y muy suave, tiene, sin embargo, menos inconvenientes que una justicia demasiado expeditiva: lo mejor es que sea todo lo más rara y lo más breve posible, y que no tenga ninguno de los caracteres de la pena.

El artículo 147 del Proyecto prevé el caso de que el Juez, por ser distinto del que conoce de la causa, no tiene á su alcance los datos necesarios para fundar la resolución anteriormente acordada y no puede tampoco proceder á la investigación indispensable, por no ser de su competencia el conocimiento del delito que se persigue. Pero, así como se encuentra entonces asegurada la persona del detenido y cumplida la misión del que detuvo, las garantías que la ley otorga al primero contra una detención injustificada y los datos que el segundo puede suministrar al sumario, aconsejan que se consigne ante el Juez que recibe al detenido, una diligencia expresiva de la persona que lo presenta, de su domicilio y demás circunstancias que sea útil conocer para buscarla é identificarla; de los motivos de la detención y del nombre y apellido y circunstancias del que ha sido objeto de ella. Se omite prudentemente la firma del detenido en esta diligencia, porque comprende importantes elementos de investigación que habría inconveniencia en poner á la vista del detenido, principal interesado en sustraerse á su influencia.

Como en los casos que se expresan en el artículo 148 se trata de personas juzgadas ya, ó que tratan de eludir los efectos del juicio ó de la condena que sobre ellas pesa, sólo debe el Juez á quien el detenido se entrega, poner los medios para restituirlo á la autoridad ó establecimiento de que depende. Esta remisión debe hacerse sin pérdida de tiempo y con la *seguridad necesaria* atento á la gravedad de la pena aplicable al reo y á las circunstancias personales del mismo.

El auto que eleva la *detención á prisión*, ó déjala sin efecto, es una resolución apelable que afecta lo más trascendental que en el sumario se ventila: la libertad individual y la eficacia de la ley penal. Por eso debe notificarse á cuantos son parte en el proceso.

Y como quiera que la ley no sólo mira con interés preferente la suerte del procesado sino que obliga á instruirle de todos los derechos que puede ejercitar, estatúyese en el artículo 149, que especialmente tiene el de pedir, de palabra ó por escrito, la reposición del auto, consignándose en la notificación las manifestaciones que hiciese. Iguales prerrogativas en cuanto á entablar ese recurso, tendrán por equidad el Ministerio Público y el querellante particular.

Art. 150 —Si el detenido lo fuese por estar comprendido en el número 1.° del artículo 140, el Juez de Instrucción á

quien se entregue practicará las primeras diligencias y elevará la detención á prisión, ó decretará la libertad del detenido, según proceda, en el término señalado en el artículo 146. Hecho esto, cuando él no fuese Juez competente, remitirá á quien lo sea las diligencias y el reo si lo hubiere.

Conc.: art. 499 de la Ley de Enj. Crim. Española.

TÍTULO XI

CAPÍTULO ÚNICO

De la prisión provisional

Uno de los requisitos elementales de toda libertad, y uno de los problemas más difíciles que tiene que resolver la política práctica, dice Lieber, es proteger al individuo contra la intervención en la libertad personal por parte del que ejerce el poder público.

A esta justa protección á la libertad personal en cuanto sea conciliable con el bien público y la protección del orden social, que le hace equilibrio aunque tendiendo á un mismo pero remoto fin, que es el bienestar de todos y de cada uno de los asociados, se dirige cuanto en este Capítulo se refiere á la prisión provisional de los presuntos reos de delito ó falta.

Ha dicho Ortolán, y con razón, que la detención preventiva (ó *prisión*, que en sus comentarios son sinónimos) es una necesidad fatal: fatal para los individuos y la sociedad, y fatal para la justicia, pues que hiere, inocente ó culpable, al hombre que todavía no está juzgado. La prisión aplicada á título de pena es un mal, pero también es una justicia; la prisión preventiva es un mal y un sacrificio; sacrificio del derecho individual al interés de todos, por el que el nuevo preso obtuvo garantías para el desenvolvimiento tranquilo y libérrimo de su actividad y por el que seguirá obteniéndolas en lo poco que resta de su libertad civil.

El motivo capital de la prisión preventiva es impedir que el culpable se sustraiga á la acción de la justicia. El mismo Ortolán dice que por este motivo la idea de necesidad social se asocia á la de la equidad, porque es un deber para todos, que aprovecha lejana ó próximamente al que lo cumple de buen ó mal grado, agrega, el responder á

la acusación: con la posibilidad de la fuga, la jurisdicción y la penalidad se hacen generalmente ilusorias. Por esto es por qué se llama á esa prisión, *prisión de custodia ó de guarda*. En donde quiera que no exista ese motivo, la prisión preventiva, en nuestro concepto, debe cesar.

Puede citarse otro que concurre á prestigiar este deplorable requisito de la prisión anterior á la sentencia, aunque no en todos los casos es exacto ó del todo comprobado; y es el de impedir que el culpable distraiga ó desvirtúe las pruebas. El libre contacto del presunto delincuente con los testigos de su delito; la fácil disponibilidad de los instrumentos con que los cometió, su facilidad de revolver y adulterar el lugar dónde lo perpetró, son evidentemente un peligro contra la veracidad, la inmutabilidad de la prueba. ¿Qué testigo no temblaría ó flaquearía al menos, ante la presencia simple ó las amenazas de un acusado ó denunciado de delito ó falta, incoacto? ¿Quién duda que en los casos de grandes crímenes que sublevan la indignación de la justicia pública, el criminal sería la eterna sombra de los testigos de su maldad?

¿A dónde iría el testigo. que no fuera en pos de sí el malhechor, por el temor de ser descubierto ó de ver comprobada su culpabilidad, asechando sus pasos, interponiéndose entre él y su juez?

Aún prescindiendo de la idea de la utilidad de la *prisión preliminar* de los inculpados durante el sumario, es para evitar tan funestas influencias, afirma Saluto, y para dar esa especie de satisfacción que se debe á la conciencia y á las aprensiones de la sociedad que ansía ver pronto el aparato del castigo para quien ha osado perturbarla, ella es una poderosa garantía de los procesos penales, porque impidiendo la fuga del delincuente que no ofrece una seguridad de presentarse en el curso de la instrucción, le hace accesible á los interrogatorios, careos y otros actos que pueden interesar á la justicia, así como á la pena que se le imponga por sentencia ejecutoriada.

La prisión preventiva y la fianza impuesta como condición previa á la excarcelación, en los casos en que ésta proceda, tiene por objeto garantir la responsabilidad criminal, ha dicho la Comisión Revisora del Proyecto del Código de Procedimiento Penal del doctor Vásquez Acevedo.

Acerca de la prisión preventiva, la ciencia no ha pronunciado la última palabra. En el estado actual de moralidad y de cultura, la prisión preventiva no puede abolirse: la exige una suprema necesidad social, manifiesta Manduca.

La prisión preventiva fundada en la necesidad de los hechos, se puede aplicar sólo en los casos en que esta necesidad se halle justificada. Cuando esa necesidad falta, se convierte ella en un acto injusto y opresor, exclama Helie. El ejercicio, pues, de tan delicada facultad, debe mantenerse dentro de esos estrechos límites, como toda otra exención al derecho común, concluye Saluto.

Reconocida la necesidad, hay tres cosas que nunca se recomendarán bastante para atenuar el mal: restringir los casos de su aplicación,—disminuir su duración,—y acomodar el régimen á la situación legal de los detenidos. En cuanto al primer punto, no hay que exagerarse la necesidad de arrestar ó de detener á un hombre en prisión para juzgarle, ni sustituir á la idea de necesidad la de comodidad; en una palabra, cuantas veces haya la suficiente garantía de que el procesado, mejor dicho, aquel contra quien se han de dirigir las actuaciones. no tratará de sustraerse á la acción de la justicia, ni en la sentencia, ni en la ejecución, no debe privársele de la libertad durante el proceso. En cuanto al segundo punto, la celeridad del procedimiento en su marcha de conjunto proveerá á él, con tal que la celeridad no se obtenga á expensas de las garantías necesarias: es la celeridad del magistrado en los actos individuales de que está encargado, y el *pensamiento terrible, pero saludable, de que las horas de ocio para él son horas de cautiverio para el detenido*. En cuanto al tercer punto, no hay que olvidar, que sean cuales fueran las presunciones, no se trata más que de un hombre considerado como condenado, pero no de un condenado; de un hombre que paga con su libertad las necesidades de la justicia social. Las casas en donde se sufre esa especie de detención, los reglamentos que organizan su régimen, la manera de ser y el tratamiento por parte de todo el personal de esas casas para con los detenidos, deben imperiosamente acomodarse á esa idea, diremos con Ortolán.

Para asegurar la ejecución de las sentencias, ¿será lícito echar mano al acusado antes de haberle juzgado?, pregunta Luis Taparelli y contesta: « A esto el sentimiento de humanidad responde, que á todo acusado, mientras no se le pruebe que ha cometido realmente el delito de que se le acusa, debe suponérsele inocente; que al inocente no se le debe castigar, y que siendo de hecho toda detención un castigo, pues que priva de libertad al detenido, no puede tenerse por lícito contra quien no esté convicto de culpa.» Tal es la argumentación que á favor de la inocencia se levanta en el fondo del humano sentimiento. Pero si recordamos lo ya dicho, sobre que *no toda pena es castigo*, se verá que el preinserto sorites está sujeto á varias excepciones; pues, si bien es ciertísimo que al acusado, no por el mero hecho de serlo debe suponérsele culpable, cierto es también que no debe suponérsele en absoluto inocente: el acusado no es ni más ni menos que un hombre *de quien se duda si es inocente ó reo*. Claro es, por tanto, que no se puede *castigarle* como á reo; pero si por *la naturaleza* misma de su condición tiene que someterse á una *pena* (y, en efecto, harto grave lo es ya para un inocente ver que se duda de él), culpe á la naturaleza de las cosas, no á la sociedad, la cual no tiene más remedio sino vejar al particular, en obsequio al bien común: por consiguiente, el particular debe resignarse, tanto más, cuanto que, si él es inocente, en ventaja suya re-

dunda la ley que asegura el castigo de los culpables y la justificación de los inocentes.

No con esto quiero decir, continúa el reverendo y sabio jesuíta, que sea *lícito siempre* el aprehender á todo acusado, pues obligada como está la sociedad á proteger cuanto pueda la inocencia, debe limitar sus rigores en esta parte á proporción que, 1.° el *indicio sea menos grave;* 2.° el hecho incriminado menos importante; 3.° la imputación menos acerba; 4.° la fuga menos fácil. Y como quiera que este último elemento sea de suyo proporcionado al estado de perfección social, de aquí que tanto más raro sea el caso de prisión preventiva, cuanto más perfecta sea la sociedad. Pero de todos modos, sea cualquiera el grado de perfección social, la prisión preventiva debe ser *aseguración* del juicio, no *tortura* del acusado.

Uno de los más fogosos defensores del derecho á la libertad individual del ciudadano, el célebre Blackstone, no duda en reconocer en sus estudios de las leyes inglesas, esta funesta necesidad de la detención y prisión provisorias. Una exención absoluta de detención en todos los casos de delito, observa, *es una cosa incompatible con toda idea de derecho y de sociedad política: si esta exención fuese admitida, sería imposible proteger el derecho y la sociedad; y toda libertad civil sería poco á poco destruída.*

Decíamos en cierta ocasión, ante los Tribunales militares del país, que debemos considerar en nuestros juicios que la detención preventiva de los inculpados no es una verdadera pena. Sería absurdo que hubiese pena allí donde no hay culpable declarado, en donde no hay condenación precedida de enjuiciamiento formal.

Faustín Hélie, la ciencia jurídica toda, convienen en que la detención (ó prisión) preventiva es un derecho social incontestable; la sociedad, sea en el interés de su seguridad, sea en el de su justicia, puede ejercerlo; ella puede actuar de esta manera en virtud del principio de conservación, que es, en general, la ley de sus actos. Pero, de que este derecho exista, ¿se seguirá que no ha de sujetarse á condición alguna? La necesidad lo ha fundado; luego debe cesar siempre que esta necesidad no exista ó no se demuestre.

La consecuencia es clara: la detención previa, agrega Hélie, no debe ser aplicada en los casos en que no es indispensable, sea á la seguridad pública, sea á la ejecución de la pena, sea á la instrucción del proceso.

Si el delito no es de los que se reproducen fatalmente, no causa alarma, no es flagrante, como la conspiración porque ha sido delatado el coronel P., ¿cómo invocar la seguridad pública para retener al procesado en la cárcel? ¿será temible su fuga? ¡Pero, señor! ¿no es su supuesto delito de aquéllos que se han de castigar con *destierro?* Pues entonces, ¿qué puede temer la sociedad de su fuga, si cuanto más huya y más pronto cruce las fronteras de la patria, mayor

será la seguridad social, y lo inducimos de que la sociedad para asegurarse contra los conspiradores de *rebelión* ha decretado el extrañamiento?

Imposible es calificar una detención que no siendo la ejecución de una sentencia, tampoco existe como una necesidad social ó judiciaria; que es protestada por la misma sociedad con múltiples manifestaciones, principalmente en la prensa diaria; que no es necesaria al orden público que, con admiración de todos, permanece, continúa inalterable, tranquilo, no obstante el ruido palaciego de tantas y terribles conspiraciones!

La detención preventiva, donde no está constatada su necesidad, donde no es necesaria al orden, al procedimiento, es un acto injusto, *una medida opresora que importa una excepción odiosa al derecho común, que es la libertad civil*, y á la par que daña una reputación, daña el bienestar, la fortuna, quizás irreparablemente, de un hombre que bien pudiera ser inocente víctima de la maledicencia, cuya inocencia debe con mayor justicia presumirse mientras no medie un fallo de criminalidad.

Art. 151 — Mientras la causa se halle en estado de sumario, sólo podrá decretar la prisión provisional el Juez de instrucción ó el que autorice las primeras diligencias ó el que en virtud de comisión ó interinamente ejerza las funciones de aquél.

Conc.: art. 502 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Este artículo fija la competencia del Juez que ha de ordenar la prisión provisional y determina con toda lógica que éste será el instructor, durante el sumario, ó quien interinamente ó por comisión haga sus veces, por ejercer entonces funciones de igual índole. Téngase presente que en este lugar nos referimos únicamente á los casos de prisión preventiva á decretarse cuando aún no se ha concluído el sumario, porque bien es posible que en el plenario ella pueda tener lugar y entonces, naturalmente, la competencia respectiva será del Juez juzgador ó que ha de fallar en el proceso.

Art. 152 — Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

1.° Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito ó falta.

2.° Que éste tenga señalada pena de prisión, penitenciaría ó muerte, según la escala general comprendida en el Código Penal.

3.° Que aparezca en la causa la semiplena prueba de la culpabilidad de la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

Conc.: art. 503 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 113 de la Constitución de la República O. del Uruguay.

Hemos visto que tres circunstancias son indispensables para que pueda autorizarse por la ley esa limitación á la libertad humana de que venimos hablando; y éstas son: 1.ª la existencia de un delito ó falta, sin la cual sería absurda y atentatoria la apertura de un sumario; 2.ª que ese delito ó falta tenga señalada pena de prisión, de penitenciaría ó de muerte, para cuyo cumplimiento se necesita la garantía que ofrece la prisión preventiva ó una caución bastante y sustitutiva, con arreglo á disposiciones que hemos de tratar más adelante; 3.ª la *semiplena prueba* de la culpabilidad de la persona contra quien haya de dictarse auto de prisión; requisito constitucional y verdaderamente tutelar del derecho á la libertad individual: al mismo tiempo que satisface una de las necesidades más sentidas de la administración de justicia punitiva, dando latitud de acción al magistrado encargado de la represión de delincuencia, no tolera lo arbitrario é inquisitorial.

Art. 153 — Procederá también la prisión provisional cuando concurran la 1.ª y 3.ª circunstancia del artículo anterior, y el procesado no hubiese comparecido sin motivo legítimo al primer llamamiento del Juez ó Tribunal que conociere de la causa.

Conc.: art. 504 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Establece también que corresponde prisión provisional contra el procesado por delito ó falta no previstos en el número 2.° del artículo anterior, si no comparece, sin motivo legítimo que racionalmente ó con arreglo á la ley pueda servir de excusa, al primer llamamiento del Juez ó Tribunal. Esto significa la reacción de la justicia respecto de un acto de rebeldía. Como quiera que sea, concurrir á los reclamos de los jueces que no salen de la esfera de sus atribuciones jurisdiccionales es un deber, tanto más si el requerido está sujeto en las re-

des de un proceso legal; en este último caso, con más razón que en ningún otro, el magistrado debe adoptar los medios á su alcance para evitar que el reo se sustraiga ó burle su acción. No ha de confundirse esto con la falta de comparecencia á la citación; en ella se trata de una persona cualquiera á quien se imputa un hecho ú omisión punible, mientras que aquí nos referimos al caso de rebelarse un procesado, esto es, aquél contra quien va dirigido desde luego el procedimiento.

La prisión provisional de la referencia de este artículo 153, puede cesar siempre que el preso dé fianza ó caución que ordinariamente proceda.

Art. 154—Para llevar á efecto el auto de prisión se expedirá mandamiento al funcionario de Policía judicial que haya de ejecutarlo, y al Alcaide de la cárcel que deba recibir al preso.

En el mandamiento se consignará á la letra el auto de prisión, el nombre, apellido, sexo, edad, estado y domicilio del procesado, si constaren; el delito que dé lugar al procedimiento; si se procede de oficio ó á instancia de parte y si la prisión ha de ser con comunicación ó sin ella.

Los Alcaides de las Cárceles no recibirán á ninguna persona en clase de preso sin que se les entregue mandamiento de prisión.

Conc.: art. 505 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Los mandamientos de que trata este artículo no son otra cosa que la *orden escrita de Juez competente* á que se refiere el 113 de la Constitución de la República, requisito sin el cual nadie puede ser preso á no ser sorprendido *in fraganti* delito. La orden escrita de prisión, es una forma de garantir la seriedad y autenticidad del mandato de la autoridad judicial competente, y un medio de evitar los atentados contra la libertad personal, de difícil comprobación sin aquella formalidad, cuya falta por otra parte, haría dudoso ó discutible el punto á resolver sobre quién es el culpable de una prisión verificada sin causa legal.

La expresión en los mandamientos de prisión de las circunstancias señaladas en el párrafo segundo del artículo que comentamos, es necesaria para justificar en el momento de la ejecución del mandato

su legítima procedencia y razón de ser, y al mismo tiempo, para la identificación del presunto delincuente. Debe observarse á este respecto, en lo posible, la mayor escrupulosidad, no omitirse el más mínimo detalle de la persona objeto de prisión, para no confundir con ella á personas insospechables, al menos en la causa que se ventila. Los errores de personas serían tan fatales á los inocentes, como podrían dar lugar á que el verdadero delincuente se sustrajera á la persecución. Es indispensable que en esa orden se intercalen todos los datos conocidos que fueren relativos á la individualidad del inculpado.

Los Alcaides de cárceles, encargados en las mismas de la recepción y custodia de presos, no recibirán en este carácter á nadie sin que se les haya hechoentrega antes ó se les haga al mismo tiempo de la presentación del preso, del mandamiento de prisión relativo, emanado de Juez competente. Desde luego que para el acto de la prisión de un individuo se requiere el mandamiento de la referencia como prenda de garantía, con mayor razón para el encarcelamiento. El Alcaide debe tener absoluta seguridad de la procedencia legal de la prisión efectuada y del encarcelamiento que se quiere verificar, y esta seguridad se obtiene satisfactoriamente con el mandamiento de prisión que se le debe enviar directamente por el Juez de la causa, de quien sólo depende.

La imposibilidad de conocer el nombre y apellido del inculpado no puede ser un obstáculo al libramiento del mandato de prisión ó arresto. En este caso bastará una descripción, lo más completa posible, de la fisonomía y del físico en general del inculpado. El empleo de la fotografía sería oportuno á veces, reproduciéndose el retrato si se obtuviese, del que ha de ser preso y acompañándose al mandamiento de prisión.

Art. 155—La incomunicación de los detenidos ó presos de que tratan los artículos 140 y 142, sólo podrá durar el tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento, sin que por regla general deba durar más de cuatro días.

El incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas á las diligencias periciales en que le dé intervención esta ley, cuando su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación.

Conc.: art. 506 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 257 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Art. 156—Si las citas hubieran de evacuarse fuera del territorio de la República ó del radio de la ciudad ó sección del Juez de la causa, la incomunicación podrá durar el tiempo prudencialmente preciso para evitar la confabulación.

Conc.: art. 507 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 157—El Juez ó Tribunal que conozca de la causa podrá bajo su responsabilidad mandar que vuelva á quedar incomunicado el preso aun después de haber sido puesto en comunicación, si la causa ofreciere méritos para ello; pero la segunda incomunicación no excederá nunca de tres días, salvo lo dispuesto en el artículo precedente.

Se instruirá al procesado de la parte dispositiva del auto motivado en que se decrete la nueva incomunicación.

Conc.: art. 508 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 158—Se permitirán al preso incomunicado los libros y efectos que él se proporcione, si no ofreciere inconveniente, á juicio del Juez instructor.

Conc.: art. 509 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 258 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Art. 159—También podrá el Juez instructor permitir que se facilite al incomunicado, si lo pidiere, recado de escribir cuando, á su juicio, no ofrezca inconveniente este permiso; pero en la providencia en que lo conceda, adoptará las medidas oportunas para evitar que se frustren los efectos de la incomunicación.

Conc.: art. 510 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 258 del Cód. de P. Crim. Argentino—arts. 216 y 217 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 160—El preso incomunicado no podrá entregar ni recibir carta ni papel alguno, sino por conducto y con licencia del Juez instructor, el cual se enterará de su contenido para darles ó negarles curso.

Conc.: art. 511 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Siendo la incomunicación una consecuencia ó una precaución accesoria de la detención ó de la prisión, es lógico que ella se cumpla desde el momento en que aquéllas tienen lugar, sin necesidad de mandato judicial, cuando el cumplimiento de la detención ó la prisión competa por ministerio de la ley ya sea á los particulares ó ya á los agentes de policía judiciaria.

El fin de la incomunicación es evitar que los presuntos culpables se confabulen poniendo en juego los medios de sustraerse á la acción de la justicia, ó modifiquen las circunstancias y preparen dolosamente los datos justificativos de su pretendida inocencia. La incomunicación es por sí sola una medida penosa para los detenidos y debe en consecuencia ser empleada hasta tanto parezca absolutamente necesaria para el descubrimiento de la verdad.

Su duración no debe ser indefinida; hay que prevenir el abuso de ella. Nunca será justo que aquellos que la impongan, por olvido, negligencia ó comodidad, la prolonguen más de lo necesario, y por eso es que en todas las leyes en que se autoriza, se la limita con el señalamiento de términos más ó menos breves (por ejemplo: 5 días en España, 10 en Francia), reservándose para casos extraordinarios la repetición de tal medida mientras la prudencia lo aconseje.

Si los inculpados detenidos (ó presos) pudiesen comunicarse con el exterior, les sería posible, con la ayuda de sus parientes, amigos ó cómplices, hacer desaparecer las pruebas de su infracción, preparar testimonios de descargo, darse lecciones ó consejos que les permitiesen inducir en error, extraviar las indagaciones de la justicia. La ley ha debido, entonces, autorizar el aislamiento de los prevenidos.

La *interdicción de comunicación*, como llama Boissonade á esta incomunicación, sea para las personas, ó sea para las cosas, debe ser si no absoluta, á lo menos rigurosa en la medida de lo racional; ella deberá ser aplicada hasta con relación á los abogados defensores.

Cualquiera que sea el respeto de la ley, diremos con ese autor recién nombrado, por el derecho de defensa del inculpado, él no puede convertirse en un obstáculo á las averiguaciones en que la justicia se empeñe legítimamente.

En tanto dure la incomunicación de los procesados, conviene les sea prohibido en la cárcel entrevistarse ó relacionarse con sus defensores, y sólo se suspenderán los efectos de la incomunicación en aquellos actos en que el reo debe ser asistido de defensa y en cuanto fuere preciso.

La incomunicación que autoriza decretar el artículo 157, puede ser más ó menos amplia según la gravedad de las circunstancias, y así sus efectos pueden hacerse extensivos á determinadas personas ó á determinados medios de comunicación, si no á la generalidad.

La incomunicación que queremos establecer por los artículos anteriores, tampoco será absoluta; porque deja de tener interés cuando la

comunicación es escrita y se hace por conducto y con la licencia del Juez instructor (artículo 160) que se enterará del contenido de esa correspondencia, y le dará ó no curso, como mejor conviniese al logro de la verdad.

Tampoco deben alcanzar los efectos de la incomunicación al trato recíproco entre el preso y el Alcaide de la cárcel, en cuanto concierne y tenga relación directa con el buen orden y disciplina del establecimiento. Para esto lo mismo servirá la escritura como la palabra; porque siendo de necesidad, sería absurdo pretender se comunicase por escrito el preso con su custodio, si no sabe leer ni escribir.

Art. 161—Si el presunto reo no fuere habido en su domicilio y se ignorase su paradero, se expedirá requisitoria á los Jueces de Instrucción en cuyo territorio hubiese motivos para sospechar que aquél se halle; y en todo caso se publicará aquélla en los periódicos de la localidad ó del lugar más inmediato si en aquélla no los hubiere, fijándose también copias autorizadas, en forma de edicto en el local del Juzgado ó Tribunal que conociere de la causa y en el de los Jueces de Instrucción á quienes se hubiese requerido.

Conc.: art. 512 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 162—En la requisitoria se expresarán el nombre y apellido, cargo, profesión ú oficio, si constaren, del procesado rebelde, y las señas en virtud de las que pueda ser identificado, el delito porque se le procesa, el territorio donde sea de presumir que se encuentra y la Cárcel á donde deba ser conducido.

Conc.: art. 513 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 163 — La requisitoria original y un ejemplar de cada periódico en que se hubiese publicado se unirán á la causa.

Conc.: art. 514 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 164—El Juez ó Tribunal que hubiese acordado la prisión del procesado rebelde y los Jueces de Instrucción á

quienes se enviaren las requisitorias, pondrán en conocimiento de las autoridades y agentes de Policía judicial de sus respectivos territorios las circunstancias mencionadas en el artículo 162.

Conc.: art. 515 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Compréndese que el único recurso de la autoridad contra el presunto reo que no es habido en su domicilio y da lugar á que se le presuma rebelde, es acudir al auxilio de las demás autoridades y agentes de la policía judicial y publicar su nombre, señas, delito porque se le procesa y Juez que le reclama, para que lleguen estos hechos á conocimiento de todos y pueda ser más general su concurso; sin que esto importe desconocer que tanta publicidad pueda ser un aviso para el perseguido; pero, no obstante, será siempre más beneficiosa que perjudicial, porque donde quiera que aquél huya se encontrará entre gentes con obligación de prenderle ó denunciarle, lo que no sucedería si se ignorase su criminalidad y la orden de prisión que sobre él gravitase; como podría acontecer que él se presentase voluntariamente una vez que tuviere noticia de la orden de su prisión; circunstancia ésta que como es sabido, le favorecería en el cómputo de su responsabilidad.

Sería prudente librar primero las requisitorias, y después hacer dichas publicaciones.

La agregación á los autos del original de las requisitorias y un ejemplar de cada periódico en que se hubiesen publicado, que prescribe el artículo 163, es una medida comprobatoria simplemente.

Siendo la Policía judicial una institución creada para auxiliar á la justicia penal, especialmente á la instructoria, corresponde que los jueces requeridos en la forma preestablecida, pongan en conocimiento de sus agentes el objeto de las requisitorias y demás circunstancias que en ellas se expresan.

Art. 165—El auto se ratificará en todo caso ó se repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de prisión.

Conc.: art. 516 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 166—El auto ratificando el de prisión y el de soltura del preso se notificarán á las mismas personas que el de prisión.

Contra ellos podrá interponerse recurso de apelación en

relación. Inmediatamente después de dictados y dentro de las mismas setenta y dos horas, se expedirá al Alcaide de la Cárcel en que se hallare el preso el correspondiente mandamiento.

Conc.: art. 517 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 167—Los autos en que se decrete ó deniegue la prisión ó excarcelación serán apelables sólo en el efecto devolutivo.

Conc.: art. 518 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 168—Todas las diligencias de prisión provisional se substanciarán en pieza separada.

Conc.: art. 519 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Pueden ó no ser tales las declaraciones primeras del presunto reo, en contraposición de las de ciertos testigos que hayan declarado ó de las denuncias producidas, que bajo el prisma de la sana crítica se incline el Juez en el sentido de creerle culpable y digno de pena corporal, ó inocente, ó digno tan solo de pena incorporal. De ahí la principal razón por la cual se ha de ratificar el auto de prisión, en el primer caso, y se ha de revocar en el segundo; aparte de que también lo es que siendo la prisión preventiva un principio de pena, algo así como un castigo anticipado, es equitativo que no tenga lugar su consagración ó confirmación judicial sin oirse previamente al preso.

Las *setenta y dos* horas dentro de las que se operará esa ratificación ó esa revocación, se contarán desde el primer instante de la prisión, sea quien fuere el aprehensor; pero como puede suceder que el Juez de la causa no se halle en el lugar de la prisión ó se halle lejos, conviene que junto á la requisitoria que haya hecho, delegue condicionalmente al Juez requerido la facultad respectiva, ú ordene tan sólo la detención, para elevarla á prisión dentro de aquel plazo, que se contaría desde que el detenido se pusiera á su disposición.

La ratificación del auto de prisión ó del auto de soltura del preso, se notificará á las mismas personas que el de prisión, esto es, al Ministerio Público, ó al querellante particular, si lo hubiese, al procesado, á quien se hará la prevención del artículo 149, consignándose en la notificación las manifestaciones que hiciere.

El precepto que establecemos en el artículo 167, por el cual los autos en que se decrete ó deniegue la prisión ó excarcelación serán apelables

solamente *en el efecto devolutivo*, esto es, sin suspender la ejecución de dichos autos, evita que el recurso sea un medio de eludir la acción judicial ó de aplazar sus efectos.

La tramitación en pieza separada, de las diligencias concernientes á la prisión provisional, obedece armónicamente á la índole de esta materia, independiente en su desarrollo y accesoria, en cierto modo, de la investigación.

TÍTULO XII

CAPÍTULO ÚNICO

Del tratamiento de los detenidos ó presos

Artículo 169—La detención, lo mismo que la prisión provisional, deben efectuarse de la manera y en la forma que perjudiquen lo menos posible á la persona y á la reputación del inculpado.

Su libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona é impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa.

Conc.: art. 138 de la Constitución de la Rep. O. del Uruguay—art. 520 de la Ley de Enj Crim. Española.

Art. 170—Los detenidos estarán, á ser posible, separados los unos de los otros.

Si la separación no fuese posible, el Juez instructor, los demás jueces de lo penal, cuidarán de que no se reunan personas de diferente sexo ni los co-reos, en una misma repartición, y de que los jóvenes y los no reincidentes se hallen separados de los de edad madura y de los reincidentes.

Para esta separación se tendrán en cuenta el grado de

educación del detenido, su edad y la naturaleza del delito que se le impute.

Conc.: art. 521 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 88 del Cód. de I. Crim. de la Rep. de Salvador.—arts. 419, 420 y 421 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 171—Todo detenido ó preso puede procurarse á sus expensas las comodidades y ocupaciones compatibles con el objeto de su detención y con el régimen de la cárcel ó casa de prevención, siempre que no comprometa su seguridad ó la reserva del sumario.

Conc.: art. 522 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 116 del Cód. de P. Crim. Alemán.

Art. 172—Cuando el detenido ó preso deseare ser visitado por un ministro de su religión, por un médico, por sus parientes ó personas con quienes esté en relación de intereses, ó por las que puedan darle buenos consejos, deberá permitírsele con las condiciones prescritas en el reglamento competente, si no afectase al secreto y éxito del sumario. El trato con el Abogado defensor no podrá impedírsele en ningún momento, salvo los casos de excepción legal.

Conc.: art. 523 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 173—El Juez instructor autorizará, en cuanto no se perjudique el éxito de la instrucción, los medios de correspondencia y comunicación de que pueda hacer uso el detenido ó preso. Cuidará además de que se provea á cada uno de éstos del Código de P. Penal y del Penal, durante el sumario y hasta la terminación del proceso.

Conc.: art. 524 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 155 del Cód. de P. Crim. del Japón.

Art. 174—Podrá abrir toda correspondencia del reo, habiendo ordenado el secuestro de la misma cuando la creyera sospechosa, en presencia del mismo reo y su procurador y defensor, señalando una audiencia al efecto, de la que

se levantará acta con expresión de las circunstancias de apertura y la entrega de dicha correspondencia al reo si no contuviere manifestación de delito y complicidad ó encubrimiento, en cuyo caso será agregada á los autos.

Igual proceder observarán los jueces y Tribunales en las instancias del plenario.

Art. 175—En ningún caso debe impedirse á los detenidos ó presos la libertad de escribir á los funcionarios superiores del orden judicial.

Conc.: art. 524 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 176—No se adoptará contra el detenido ninguna medida extraordinaria de seguridad sino en caso de desobediencia, de violencia ó de rebelión, ó cuando haya intentado ó hecho preparativos para fugarse.

Esta medida deberá ser temporal y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario.

Conc.: art. 525 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 116, inc. 4.°, del Cód. de P. Crim. Alemán.

Art. 177—El Juez instructor visitará una vez por semana, sin previo aviso ni día determinado, la casa de prevención provisoria ó titular de la localidad, acompañado del representante del Ministerio Público, siendo posible.

Esto sin perjuicio de las visitas que harán anualmente los Tribunales y jueces á las cárceles, prisiones y casas de prevención.

Conc.: art. 526 de la Ley de Enj. Crim. Española.

Art. 178—Los detenidos ó presos, mientras se hallen incomunicados, no podrán disfrutar de los beneficios expresados en el presente capítulo, y regirán respecto de los mismos las disposiciones del capítulo anterior.

Art. 179—Quedan derogadas las leyes reglamentarias de cárceles, prisiones y casas de prevención, que estén en contradicción con las precedentes disposiciones.

Es un principio constitucional (artículo 138 de la Constitución del Estado Oriental), que en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar á los acusados, es decir, á los que sufren una condena por delito ó falta. Y si por los que están convictos de culpabilidad se preocuparon nuestros constituyentes de establecer este principio humanitario, creemos que con mayor justicia debemos hacer otro tanto por aquellos que á los ojos de la ley no deben ser considerados criminales todavía y tienen sobre sí el sello de una presunción de inocencia, por más que deslustren su buen nombre ciertos precedentes, antes del juicio definitivo de los tribunales. La detención y prisión preventiva son actos ó situaciones de mera seguridad; sus efectos tan sólo se han de extender á la libertad personal; pero en cuanto á los demás derechos individuales cuyo ejercicio es independiente del de esta libertad y no es incompatible con el triunfo de la verdad y del derecho social, no puede ni debe lesionarlos; de otro modo saldríase de su exclusivo fin, sería injustificable.

El capítulo que está ahora á nuestra consideración, se basa todo entero en el respeto y aplicación de ese principio, verdadero distintivo de las sociedades cristianas.

Aparte del artículo 169 y del 179, los demás del expresado capítulo son acentuadamente reglamentarios; pero, por sus generalidades, creemos, que aunque propios de los reglamentos carcelarios, son dignos detenerse en cuenta en todo Código de Procedimiento Penal, tanto más, cuanto que por sus disposiciones toca á los jueces intervenir en su cumplimiento, ora en las visitas que hicieren á esos establecimientos, ora desde el asiento de su Juzgado, desde los estrados.

Casi, casi no se determina en ellos sino las relaciones permanentes que deben haber entre los reos detenidos ó presos y sus jueces, en quienes la ley confía la suerte de esa triste parte de la humanidad.

Con excepción del artículo 173 que proponemos, todos los demás son de universal vigencia. Ciertamente que el excepcionado, en su parte final, es una novedad entre nosotros y no sabemos que fuera del Japón, de cuya ley procesal lo sacamos, haya país que hasta la fecha le tenga adoptado en sus Códigos.

No importa que la ley imponga á los procesados el medio de defenderse con abogado. Éste podrá ó no en todos los momentos ponerse á la altura de su gran misión. En absoluto no puede, porque sería precisa la permanente compañía de su defendido, para guardarle de cualquier abuso de hecho y preservarle de cualquier error de derecho que su Juez ó su custodio padeciesen.

La disposición del artículo 173 es eminentemente favorable á la defensa del inculpado, con particularidad en aquellos momentos en que le está vedado comunicarse con su defensor y cuando aún no le tiene en el ejercicio de su encargo Desde que el procesado es privado de su libertad, él tiene el derecho de pensar en su defensa; pero éste derecho, dice muy bien Boissonade, sería ilusorio si el reo no pudiese darse cuenta por sí mismo de las disposiciones de la ley relativas á la instrucción y al resto del procedimiento, en el tiempo en que no pueden reclamar la asistencia de un abogado. No es suficiente que la ley someta los mandatos y demás actos del procedimiento penal á condiciones de forma y de fondo que son la garantía de los inculpados tanto ó más que de la sociedad, ni que ella le abra vías de recursos sucesivos contra esos actos: es preciso todavía que sepa *en tiempo útil*, cuáles son esas formas y condiciones, para cuidarse de su inobservancia y preparar sus medios de defensa en *derecho* como en los *hechos*.

Claro está que los beneficios de esta disposición serán relativos del grado de ilustración é inteligencia del procesado; pero, que no se deban á culpa de la sociedad los defectos de su defensa, sino á su propia ineptitud.

El tratamiento de los detenidos y presos tiene necesariamente que sujetarse á las circunstancias de lugar. Hoy por hoy, en la República no puede ser el mismo en las llamadas *cárceles de policía* de campaña que en la Cárcel Correccional y Penitenciaria de la Capital. Las comodidades, higiene y condiciones de seguridad de las primeras son muy inferiores á las de las últimas; hemos tenido ocasión de juzgar que es preferible una celda de la Penitenciaría que una pieza de nuestras prisiones departamentales, donde se ha visto el caso de dormir alrededor de diez prevenidos en una cuyo piso medía más ó menos una extensión superficial de tres metros de largo por dos y medio de ancho, sin tarimas, sirviendo á algunos de colchón sus ropas de vestir, sucias y rotosas

Ejerciendo el Ministerio Público, y movidos á compasión por esos pobres desheredados del bien y de la fortuna, con motivo de una visita de cárceles efectuada en la ciudad de Minas el año 1892, gestionamos ante el Gobierno una reforma en ese establecimiento, la que obtuvimos al poco tiempo después. Pero, hasta entonces no podía haber para los procesados un martirio mayor y más indigno y deprimente para la especie humana, que encerrárseles en esa cárcel cuyas paredes manaban agua, invierno y verano, y en cuyo suelo salpicaba barro no obstante los esfuerzos que se hacían frecuentemente para limpiarle, tarea encomendada á sus apiñados habitadores. Causa pena referirlo, por el honor del país; ello da una idea del abandono en que han estado y aún están muchos de nuestros establecimientos penales, mirándose con la mayor indiferencia la suerte de tantos desgraciados por quienes la ley se expande en preceptos tutelares que no son cumplidos.

Como decíamos, el tratamiento de los detenidos y presos no puede ser el mismo en Montevideo, ó en los pueblos cabeza de Departamento, que en plena campaña, en medio del campo, en una Comisaría ó en un Juzgado rural.

De aquí se deriva que el uso del maneador, del cepo, y las esposas haya sido tolerado y se tolere en algunos casos, como si se trata de asegurar grandes y peligrosos malhechores aprehendidos en lugares apartados, dados los pocos agentes de policía que deben conducirlos á caballo, al través de soledades y á considerables distancias.

Sería imprudente dejar libres los miembros de esos presos ó detenidos, en estado tal que les fuera fácil huir ó *vender cara,* como dice el *paisano,* su libertad á los jueces.

Ya puestos en la casa de prevención, ó prisión, como se le quiera llamar, es obvio que se les colme de las mayores atenciones y comodidades posibles, arregladas á su condición social, ó les sea permitido proporcionárselas según sus recursos particulares y mientras haya compatibilidad con el buen orden y la seguridad bajo cuyo régimen deberán estar colocados; no se les debe hacer sufrir otro dolor que el que naturalmente proceda de la privación de su libertad; y mientras no fueren condenados á trabajos públicos, débeseles tolerar la ele - ción y adopción de trabajo lucrativo, ó de mero entretenimiento y distracción, lícitos y convenientes

Confundir en una cárcel á los simplemente prevenidos con los criminales convictos, y comenzar á hacerles sufrir ese *suplicio corporal y también moral y de su honor,* con que se castigan los crímenes más atroces, mientras tanto que esperan la libre absolución, es una injusticia evidente: injusticia tanto más culpable cuanto son más secretos los motivos porque se intenta el proceso.

Los medios represivos que se emplean en defensa de la sociedad, son *esencialmente* odiosos y *peligrosos; odiosos,* porque á la par que procuran tener á reja á los hombres perversos, lastiman á muchas personas que *son* honestas y á infinitas otras que lo *parecen; peligrosos,* porque al inocente le quitan muchas veces los medios de defenderse.

El influjo de la justicia penal, lo mismo que la acción pública de la *policía,* debe reducirse á producir el *máximum* de seguridad con el *mínimum* de sujeción. Si la disminución de una libertad inferior, dice Taparelli, sólo se convierte en bien por razón de los bienes que resultan de ella para una sociedad mayor, toda disminución que no esté compensada por este resultado, es un verdadero mal; es así que la disminución *no necesaria* no está compensada por bienes sociales; luego la seguridad social debe procurarse sólo con la disminución *necesaria* de la libertad. Cualquiera otra disminución es *un mal* y por tanto es *ilícita,* pues *la autoridad es poder de ordenar al bien.*

El fin correccional de la pena, presentido por Platón y Séneca,

en su parte moral fué afirmado por el Cristianismo que enalteció el perdón é impuso como deber de caridad la asistencia y el consuelo á los presos, influyendo de tal modo en la organización moderna de las prisiones. Pensamos como el marqués de Beccaria y como Jhon Howard, que debe despertarse en el delincuente la voz de la conciencia para procurar su enmienda, sin privarle de ciertos derechos que tiene como hombre, cualquiera que sea su culpabilidad.

Por último, nos extenderíamos sobre esta materia, pero ella no está comprendida en sus detalles dentro del objeto de nuestro Proyecto de Código procesal y relegamos su estudio á los que en bien del país y de la humanidad se dediquen á mejorar nuestro sistema carcelario y su reglamentación.

TÍTULO XIII

CAPÍTULO ÚNICO

De la rebeldía ó contumacia del reo

Artículo 180 — Es rebelde ó contumaz el autor, cómplice ó encubridor de un delito ó falta, que antes ó después de ser aprehendido ó hallándose en libertad bajo fianza ó caución juratoria, se resiste, fuga, ú oculta queriendo eludir el procedimiento contra él.

Conc.: art. 85 del Código de P. Penales Paraguayo.

Art. 181—La rebeldía del presunto reo no impedirá la formación del sumario.

Terminadas en éste todas las actuaciones posibles, éstas y el cuerpo del delito y efectos se guardarán, aun cuando los últimos sean de tercero irresponsable, si el Juez reputa indispensable su retención.

Si el procesado se presentare ó fuere habido, la causa seguirá su curso.

Conc.: art. 840 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 150 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 90 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 182—Si la rebeldía se produjese durante el juicio plenario, se suspenderá el curso de la causa hasta la presentación ó aprehensión del procesado, observándose lo demás expresado en el artículo anterior. Ningún defensor ni procurador podrá presentarse por el procesado contumaz ó rebelde, sino para oponer las excepciones de cosa juzgada, de prescripción, de incompetencia y de amnistía, ó para justificar su ausencia.

Conc.: art. 112 de la Constitución de la República O. del Uruguay.—art. 841 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 151 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 90 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 183—Si fuesen varios los procesados y sólo alguno ó algunos cometieren rebeldía, se suspenderá el proceso respecto de éstos y continuará con relación á los demás.

Conc.: art. 842 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 152 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 92 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 271 del Cód. de P. Crim. del Japón.

Para que haya rebeldía ó contumacia de un reo de delito ó falta ó de quien se presume serlo, es preciso que su desaparición ó su fuga sean manifiestas ó se tengan como tales.

No basta que un individuo no sea habido y se ignore su paradero cuando pese sobre él una denuncia ó una acusación y un decreto de juez, por el cual deba ser detenido y preso, para que se le considere rebelde. No, es preciso que se ausente, desaparezca, se aleje y sustraiga á la acción judicial conscientemente, es decir, deliberadamente, como quien, convencido de su participación en el delito y colocado frente á frente del poder público, teme instintivamente el castigo, la vindicta legal del agraviado que clama por la reparación del daño ó su expiación, y busca entre las breñas, la oscuridad y el olvido, la deseada impunidad.

Es preciso, para declarar rebelde á un sujeto de acción penal pública ó privada, que sea visto haber huído á raíz de cometer la transgresión que se le imputa, ó haberse ocultado, y en caso contrario, que los jueces le hayan emplazado por todos los medios más fáciles y públicos, hayan requerido á los demás jueces competentes de la República su prisión, de manera que no pueda algún día alegar en su favor ninguna excepción que provenga legalmente de la ignorancia de su procesamiento.

En consecuencia: se entenderá que no comparece, ni es habido y presentado, para los efectos de la rebeldía, el que no es en efecto ha-

bido ni presentado en el término fijado en el emplazamiento y requisitorias.

Los efectos de la rebeldía sólo indirectamente se relacionan con los procesados individualmente, y á este respecto provendrán de las dificultades derivadas del aplazamiento del juicio y de la prueba que puede desmerecer con el tiempo y desvanecerse como el recuerdo mismo de los hechos. Efectos directos contra la persona del reo no puede haberlos ni sancionarlos la ley, porque el mismo interés del juicio concluye allí donde cesa la probabilidad de la ejecución eficiente de una sentencia condenatoria. Siendo por otra parte tan sagrados los derechos á la libertad y al honor de los ciudadanos, está universalmente recibido por las costumbres y por el derecho constitucional de los pueblos civilizados, el principio de no seguir juicio criminal en rebeldía.

Ya hemos manifestado que en materia penal no hay juicio propiamente dicho sino después de concluído el sumario. Es entonces que procede la contienda entre las partes, cabe la acusación del actor y la contestación del reo. El sumario es la preparación del juicio, y está librada su iniciación y prosecución á los jueces, principalmente, tomando en él las partes una participación secundaria, auxiliar.

El sumario es la base sobre la cual debe asentarse el verdadero *juicio*, en el cual se confirmarán ó no sus datos más importantes, en el cual se ilustrará el juez del alcance y trascendencia de los mismos.

En el sumario puede haber, ó no, reo conocido; precisamente uno de sus fines es el descubrimiento de la persona responsable de un delito ó falta.

Es racional y conveniente que no se interrumpa el curso ordinario de los sumarios hasta su terminación; porque el carácter de las diligencias que comprenden no admite que se demoren; las que tampoco son irrefragables: hay en el plenario un período probatorio, en el cual pueden las partes destruir ó modificar las pruebas del sumario.

Es por estas consideraciones que el precepto del artículo 112 de la Constitución de la República, por el cual *queda vedado el juicio criminal en rebeldía,* no impide que el sumario se lleve á término, no obstante la ausencia ó fuga del inculpado.

Terminado el sumario, en el caso de rebeldía á que nos referimos, debe guardarse hasta el momento en que sea detenido ó se presente el imputado, lo mismo el cuerpo del delito y sus efectos, aún cuando estos últimos sean de tercero irresponsable, si el Juez reputase útil su retención, y si no, mandará hacer entrega de ellos, labrándose en los autos un acta donde se expresen las circunstancias de la entrega y se haga descripción minuciosa de los objetos á entregarse. Esa acta deberá ser firmada por el Juez, el interesado receptor y las partes presentes, ante el Actuario que también la autorizará. Tal vez fuera conveniente

un examen pericial previo de esos objetos, y en ese caso podría el Juez de la causa ordenarlo.

Si la rebeldía se produjese durante el juicio plenario, se suspenderá el curso de la causa hasta la presentación ó aprehensión del procesado, observándose lo demás expresado sobre el cuerpo y efectos del delito en los párrafos anteriores.

Si es justo y natural suspender la causa cuando la ausencia del presunto reo se produce antes de la terminación de aquélla, ninguna razón hay que aconseje la suspensión cuando los procesados son varios y no se ha declarado rebeldes á todos; el buen sentido indica que en lo tocante á los no declarados debe continuar la causa, porque tienen un derecho indiscutible á salir de la situación indefinida y embarazosa que les ha creado el procesamiento, á que no se les cause perjuicio innecesario á la justicia penal, y á que se les absuelva y rehabilite ante la opinión si son inocentes, ó se les condene si responsables.

En cualquiera de los casos de los artículos 181 y 182 del Proyecto, quedará reservada en el acto de la suspensión, á la parte ofendida por el delito, la acción que le corresponda para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, á fin de que pueda ejercitarla independientemente de la causa, por la vía civil, contra los que fueren responsables ó sus causa-habientes; á cuyo efecto no se alzarán los secuestros practicados. El juicio de responsabilidad civil proveniente de delito ó falta es independiente del de responsabilidad penal, y teniendo que hacerse efectivo sobre las cosas y no sobre las personas, no hay para qué supeditar su curso á la presencia del demandado (reo); por lo que cabe que se siga en rebeldía, no causándose así mayor perjuicio al actor, á quien se debe reparar é indemnizar el daño sufrido.

Ningún defensor ni procurador podrá presentarse debidamente apoderado, por ó en representación del procesado contumaz, sino para oponer las excepciones de cosa juzgada, de prescripción, de incompetencia absoluta y de amnistía, ó para justificar su ausencia; salvo estos casos extraordinarios, la presentación personal del reo es de orden público.

Bajo el régimen de las jurisdicciones permanentes en Roma (durante el Imperio), hubo un tiempo en que la ausencia voluntaria del acusado no impedía proceder á la instrucción, á los debates y pronunciar la sentencia, excepto quizás, la capital; pero si la ausencia era involuntaria se podía aplazar la vista. El emperador Trajano fué el primero que estableció la regla de que un acusado no puede ser condenado sin ser oído.

Si el delito que se imputa al ausente, sólo merecía una pena pecuniaria ó que afectase al honor, podía pronunciarse la condena; pero si se trataba de una pena mayor que esta y que la relegación, tal como la de minas, y la capital, se distinguía según que la

ausencia tuviere ó no causa legítima; en el primer caso se concedía una prórroga; en el segundo, exigía la ley que el ausente se presentase en el término de un año. Si se negaba, se le confiscaban los bienes, y si era habido, podía ser condenado á una agravación de la pena sin que los bienes le fuesen devueltos; si por el contrario, se presentaba en el término de un año, podía ser absuelto ó condenado sin agravación de pena, y la confiscación se dejaba sin efecto.

Conforme á los *Establecimientos* San Luis, cuando el malhechor se escapaba, el *barón* le mandaba intimar á la puerta de su parroquia que compareciese en el plazo de siete días y siete noches para reconocer su crimen y justificarse; el *barón* le hacía llamar también en pleno mercado, hasta por cuarenta días y cuarenta noches; y si no se presentaba, era desterrado en pleno mercado; si se presentaba en seguida y no podía excusar su ausencia por algún motivo justificable, como ser una peregrinación, el *barón* mandaba asolar sus tierras y se apoderaba de sus muebles. Si el sospechoso no tenía á nadie que le acusase ó mostrase parte contra él, la justicia podía, sin embargo, retenerle por sospechas que debe alejar de sí todo hombre honrado.

La misma práctica poco más ó menos, establecía el *fuero* de Borgoña; después de tres emplazamientos el rebelde era considerado culpable y condenado como tal.

Estos emplazamientos y confiscaciones tenían lugar en España por su legislación antigua, aunque diferenciándose en los términos y en el procedimiento. Después de todos estos llamamientos y medidas contra las propiedades de los rebeldes, los entregaba la ley á la venganza pública; y así, si los bandidos no se presentaban á los llamamientos que se les hacía, eran tratados como rebeldes, pudiendo matarlos el primero que los encontrase, y cuando se les cogía, eran arrastrados, colgados, descuartizados, y confiscados sus bienes.

Otros pueblos han obrado de contraria manera; han favorecido hasta cierto punto la ausencia de los presuntos criminales, para dar tiempo á que las pasiones excitadas por el delito se calmasen.

Entre los Masovianos, un asesino que tenía la esperanza de ser absuelto por los tribunales, se expatriaba durante un año, y después se presentaba sin salvoconducto y expiaba su crimen.

En 1764, la ley polaca permitía aún dar un salvoconducto por seis meses antes del día de la comparecencia, cuando el delincuente quería justificarse ante los tribunales.

TÍTULO XIV

CAPÍTULO ÚNICO

De la excarcelación bajo fianza ó caución juratoria

Artículo 184—En cualquier estado de la causa, en que por su naturaleza ó por el mérito del proceso no haya de resultar pena de penitenciaría, ó de muerte, *aunque se trate de hechos graves*, se pondrá á los procesados en libertad bajo fianza legal ó caución juratoria.

Esta disposición es preceptiva, y los jueces deben ordenar dicha excarcelación siempre que corresponda.

Conc.: art. 139 de la Const. de la Rep. O. del Uruguay—art. 202 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 376 del Cód. de P. Crim. Argentino—arts. 350 y 351 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 96 del Cód. de I. Crim. de la República del Salvador.

Art. 185—El auto de excarcelación bajo fianza ó caución juratoria no podrá, sin embargo, cumplirse sino cuando no se deduzca contra él algún recurso, por parte legítima, dentro del término de veinticuatro horas de la notificación á la parte que pueda reclamarlo, otorgándose la apelación, en su caso, sólo en relación.

Del mismo modo se procederá en el caso de denegarse la excarcelación.

Conc.: art. 203 del Cód. de I. Crim. de la Rep O. del Uruguay.

Art. 186—Toda resolución al respecto no causará estado.

Conc.: art. 395 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 372 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Se ha dicho con verdad: la prisión anterior al fallo definitivo de los jueces, en lo penal, es una *injusticia necesaria.* Todo debe concurrir á endulzar, suavizar esta medida y á reducir la frecuencia de su uso al mínimum posible.

Ya hemos visto en qué casos el magistrado debe ordenar el arresto de los prevenidos y en cuáles queda dispensado de esta obligación. (1) Ahora debemos ocuparnos del derecho que tienen ciertos presos, en tanto se dilucida su culpabilidad ó su inocencia, para recuperar su libertad condicional, bajo fianza ó caución juratoria que presten con arreglo á la ley. Para los que sostienen que el procesado debe reputarse inocente hasta su condenación irrevocable, la excarcelación provisoria no puede ser sino una formalidad lógica, y debiera serlo, como es natural, en todos los casos de delito; aún más, todo acto de prisión

---

(1) Por derecho canónico, el Juez eclesiástico puede proveer á la encarcelación del clérigo, en causa criminal, para custodia y seguridad del reo; en cuyo caso debe preceder información sumaria, de la cual resulten probables indicios ó presunción de la perpetración de un delito grave, al cual pueda corresponder pena *corporis afflictiva;* con motivo de delito leve no tiene lugar la prisión.

Bajo el régimen de la Inquisición, tan calumniado, sólo cuando eran calificadas de heréticas las proposiciones del acusado (aducidas como prueba del delito de herejía) por una comisión de teólogos eminentes, llamados *calificadores*, que en nada dependían de la Inquisición, á quienes se ocultaba el proceso y nombre del acusado para garantir mejor la imparcialidad de su dictamen, que autorizaban con su firma; sólo entonces era que el Fiscal competente pasaba á pedir la prisión del prevenido. El Edicto de Valdés, de 1561, ordenaba que si de las declaraciones de los testigos no resultaban méritos bastantes para dictar auto de prisión, nada se dijese al acusado ni se practicase diligencia alguna. Convienen varios herejes en que el Santo Oficio no prendía á nadie sin estar probado el delito por cinco testigos; y confiesa Llorente, conocido detractor de esa institución, que donde quiera estaba establecida, no se detenía por cosas leves, ni por blasfemias, y que, para decretar un auto de prisión, requeríase suficiente prueba del delito. Por las ordenanzas de Torquemada, para decretar el encarcelamiento era indispensable requisito la unanimidad de pareceres en los que formaban el tribunal; en caso de discordia, el proceso pasaba al Consejo Supremo, quien decidía. Felipe II y Carlos IV, crearon mayores restricciones á este respecto. Y en cuanto al tratamiendo de los presos, aún cuando es materia impropia de este capítulo y más bien corresponde al Tít. XII, donde, sin apercibirnos dejamos de tomarlo en cuenta, para mayor ilustración de nuestra obra conviene dejar constatado que el régimen inquisitorial, según testimonios insospechables, además de proveerles de buen albergue, amueblado decente y cama cómoda, les proporcionaba tres veces al día buena y abundante comida. Si eran ricos, se permitía que les asistieran sus criados; si casados, su mujer tenía libre entrada en su recinto; si negociantes, podían ser visitados por los interesados en sus negocios; si enfermaban, se les daba médico y medicina; si se hallaban solos, instruídos sacerdotes les ofrecían su amistad y compañía; hasta se refiere que si su salud lo exigía, se les autorizaba á ir á tomar baños medicinales fuera del establecimiento. Todo ello estaba prevenido por el Edicto de Valdés y las Constituciones de Torquemada. Según estas últimas, los Inquisidores debían visitar á los presos de quince en quince días, y preguntarles si eran bien tratados por el Alcaide y Carcelero. Valdés ordenó que antes de ponerse en libertad á un preso, se le interrogase «sobre si el Alcaide trataba bien ó mal á él y demás detenidos». El *Orden de procesar* usado por el Santo Oficio, establecía que «antes de soltar al reo ó entregarlo, se le preguntase con juramento si el carcelero y el dispensero han usado bien y fielmente sus oficios, y si dijere algo, se escribiese, para hacer cargo de ello á quien tocare».

consumado debiera ser lógicamente considerado atentatorio; pero no es menos razonable y necesario sujetarle á una detención prolongada y preventiva, como hemos dicho, cuando el hecho que se le imputa entraña como pena la privación de la libertad; de otro modo, sucedería comunmente que el procesado desaparecería, huiría apenas llegase á comprender que las pruebas son abrumadoras respecto de su porvenir.

Cualesquiera que fuesen las opiniónes que se sustenten sobre si debe presumirse ó no la inocencia del procesado ínterin no se le condene ó absuelva irrevocablemente, siempre resultará que la prisión preventiva es un medio prudente de garantir la eficacia de la ley penal, tanto más si se trata de delitos graves ó de procesados de mala índole. La conveniencia de la prisión preventiva resulta ser mayor ó menor en grado á la culpabilidad aparente de los autores de un delito.

Además de esto, puede ser más ó menos marcada esta conveniencia según la sinceridad que manifieste el reo en su defensa.

Dicha culpabilidad sabemos que depende, no tan sólo de la naturaleza del delito cometido, sino también de las circunstancias que le han antecedido, rodeado y precedido, así como de las personales del reo.

Luego, pues, ¿qué empeño sería el de la ley mantener la *injusticia* de la prisión anticipada al fallo de los jueces, cuando, además de juzgar *prima facie* que la responsabilidad del prevenido no es grave y cuando su sinceridad, su arraigo en la confianza pública, en la sociedad, garanten que no eludirá las consecuencias actuales y finales del proceso y que antes bien acudirá á cada llamado de sus jueces ó cumplirá la sentencia? Desapareciendo en tales supuestos la necesidad de la prisión preventiva, ésta se convertiría en un medio de opresión inicuo, inhumano, contrario á la razón, y despertaría sentimientos de odiosidad, sería oprobiosa.

Sabido es que, no obstante la buena voluntad que puedan tener los magistrados, la tramitación de los procesos es generalmente pesa da lenta. Por regla general, entre nosotros son contados los asuntos penales cuya duración es menor de *uno á dos* años. Y también sabemos que esta duración no guarda exacta proporcionalidad con relación á la gravedad del delito imputado y de la responsabilidad del agente criminal.

Ahora bien: resultaría injusto, atentatorio, un mal mayor que la punición por causa de un delito, hacer sufrir los efectos de una prisión preventiva más tiempo de lo que correspondería por razón de ese mismo delito después de sentencia ejecutoriada. Supongamos que después de estar sufriendo dos años prisión preventiva, á un procesado se le condena á un año de prisión, es decir, á un año de privación de su libertad personal, ¿quién negaría que la prisión preventiva llevada

á ese extremo sería subversiva de todo principio legal y de justicia? ¿quién negaría que merced á ella se habría consumado un mal mayor que el que se quería evitar? ¿cómo no habría de desprestigiarse la administración de justicia?

Donde quiera que se haga estadística criminal ó simples observaciones sobre la relación que existe entre el número de prisiones preventivas que se realizan anualmente y el de personas que son puestas en libertad como generalmente inculpables, tendremos que el primero es, con respecto al segundo como tres es á uno: la tercera parte de los detenidos preventivamente es absuelta. Francia nos ofrece, por intermedio de Ortolán, algunos cuadros comprobativos de esta verdad. Véase, pues, cuánto menos injusto que la prisión preventiva de los que componen esa tercera parte será que, previéndose su inculpabilidad, sea decretada su excarcelación provisional; como así también que ha de merecer menor pena que la que resultaría haber sufrido con ocasión de su prisión preventiva.

Luego, pues, la excarcelación provisoria está basada en una razón de humanidad y de evidente justicia, y por tanto, es de orden público y debe ser preceptiva su concesión de parte de los jueces en cada caso en que proceda, sin necesidad de querella; los jueces deben decretarla de oficio. Hemos notado con extrañeza que muchos Códigos que establecen la excarcelación provisional como una consideración al respeto que se merece la libertad humana, no consagran esta consecuente oficiosidad, y sí la facultad de conceder aquel beneficio, mediante solicitud de parte. No es á título de simple favor que se quiera hacer al procesado que se ha de decretar esa excarcelación; es á nombre del interés social que existe en que nadie sea castigado con anterioridad á su definitivo juzgamiento.

Pero dependiendo no sólo de este principio que dicha liberación se realice también, de las garantías que ofrezca por su idoneidad y otros valimientos el procesado, de ahí que no obstante decretarla el juez, puede quedar sin efecto por no llenarse esas condiciones, como ser la fianza ó la caución juratoria, en las que entra, en parte, la voluntad del procesado. Pero si ellas faltan, entonces no podrá argüirse de la severidad de la ley, porque esas condiciones son indispensables para que aquella liberación no degenere fácilmente en un medio de burlar la acción de la justicia.

Sin embargo, obtenida la fianza y prestada por el reo la caución juratoria, no sería justo que la excarcelación se efectuase si dentro de un breve término el representante de la sociedad ó el acusador público en las causas que proceden de oficio, ó el particular agraviado en las demás, se opusieran formalmente, interponiendo apelación que por la naturaleza del incidente debe substanciarse con brevedad, y por tanto es preferible se otorgue en relación y no en ambos efectos.

Si la excarcelación provisional no es decretada de oficio y es solicitada por el reo ó su defensor, no habrá necesidad de substanciar el incidente, porque para salvar sus derechos de oposición, el Ministerio público ó el querellante particular tendrán recurso sobre el auto que lo conceda, ganándose así un tiempo que es oro tratándose de la libertad de un hombre.

Se armoniza más que cualquier otro este procedimiento sumario con el correspondiente á los casos en que oficiosamente los jueces decretan la excarcelación provisional.

Es obvio que las resoluciones relativas no causen *estado*, porque el mérito de los fundamentos para otorgar la excarcelación condicional, ó denegarla, estriba en los diversos y sucesivos precedentes, en las constancias del sumario, en las diligencias de la prueba, que en las distintas etapas del juicio abonan en pro ó en contra del procesado, ya mejorando su condición ante la ley penal, justificando su inculpabilidad ó menor culpabilidad, ya justificando ó tendiendo á justificar, por el contrario, su mayor criminalidad.

La prueba se modifica frecuentemente en todo el curso del proceso; y sucede que, si en un principio la culpabilidad grave aparecía neta, sin que rodeasen á los hechos consumados circunstancias favorables al reo, después, cuando éste ha asumido su defensa y ha producido sus descargos, confirmándolos con pruebas ventajosas, entonces, puede ser que en vez de considerársele merecedor de la pena de penitenciaría, sean tales en número y calidad las circunstancias atenuantes de su responsabilidad, que no puedan menos que adelantarse á su fallo los jueces presintiendo que no sufrirá sino pena de prisión ó de multa.

Por estos fundamentos es tan natural que no cause *estado* la resolución que concede, como la que no concede la excarcelación bajo fianza ó caución juratoria: y desde luego es ilógico el artículo 203 del Código de Instrucción Criminal vigente en la República, que sólo establece este principio en el segundo supuesto.

¿ Por qué si el Juez que ha decretado hoy la excarcelación del prevenido, fundándose en datos que le eran favorables, no ha de poder revocar por contrario imperio el auto respectivo y mandar que aquél vuelva á la prevención, si nuevos datos desvirtúan á los anteriores ó hacen presumible una culpabilidad mayor que la preopinada ?

La temibilidad de un sujeto, la gravedad de su culpa, no se basa únicamente en los efectos de su delito, en la naturaleza de este mismo; y así como es justo que al apreciar la pena que debe corresponderle se distinga el homicidio, del hurto, ó de cualquier otro delito, no lo es menos que se tenga en cuenta si mató en defensa propia, por amor al crimen ó por nobles estímulos; lo mismo si hurtó por afición, ó movido por la necesidad de alimentarse ó vestirse, etc. Todas estas circunstancias y más aún, hay que justipreciar para determinar el grado de

la pena que por tal delito debe tener lugar; como si se dijera, para calcular el grado de temibilidad del delincuente y los peligros que originaría su excarcelación durante el procesamiento. En consecuencia *aunque se trate de hechos graves*, que por sí solos no engendran culpabilidad, ni matan la inocencia, cuando *prima facie* no haya de resultar pena de penitenciaría ó de muerte, procéderá la excarcelación de la referencia á favor del procesado, en cualquier estado de la causa, ya sea en el *sumario* ó en el *plenario*.

Art. 187—La fianza de que se trata en este título, se limitará á la obligación de presentar al fiado para estar á derecho ó ser vuelto á la cárcel ó prevención, siempre que ordene el Juez de la causa, dentro del término prudencial que el mismo fije, que podrá repetir ó prorrogar una vez; debiendo el fiador ser persona abonada.

Conc.: art. 204 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—arts. 94, 98 y 102 del Cód. de I. Crim. Salvadoreño—art. 212 del Cód. de P. Crim. Japonés.

Art. 188—La falta de presentación del encausado por el fiador, será penada con una multa que determinará el Juez según la naturaleza ó el mérito de la causa y que se hará efectiva por la vía de apremio, destinándose á mejoras públicas de la localidad que la Junta E. Administrativa creyese más convenientes, previas las indemnizaciones judiciales del caso, si hubiere sentencia condenatoria ejecutoriada; de cuya multa no habrá exoneración por más que se alegue la desaparición del procesado.

Quedarán á salvo al fiador sus derechos y acciones para reclamar indemnización al procesado ó á sus causa-habientes.

El fiador tendrá facultad de servirse de la fuerza pública para presentar al reo siempre que á tal presentación le obligare providencia del Juez ó la ley; para lo cual le bastará

exhibir á la autoridad requerida el testimonio de la diligencia de fianza.

Conc. : art. 543 de la Ley de Enj. Crim. Española—art. 214 del Cód. de P. Crim. Japoné.

La fianza, en materia penal, no es más que la garantía que da *apud acta* el reo, de cumplir la obligación de presentarse á estar á derecho en el juicio respectivo, ó de ser vuelto á la cárcel, cuando el Juez competente lo requiera.

Por el hecho de la fianza, contrae el fiador el solemne compromiso de presentar al reo, á esos fines, siempre que el Juez de la causa se lo reclame, y dentro del término que, atento á las circunstancias de lugar, vida y costumbres del fiador y del ado, y urgencias del proceso, y otras, el Juez señalare.

Este plazo puede repetirse por las mismas razones, quedando exonerado de responsabilidad el fiador y el fiado, de no haberse cumplido la presentación de este último, en la primera vez, por la fuerza de esos hechos, á pesar de su voluntad. Pudiera ser que las necesidades de la vida, la calidad de su trabajo, ó v. gr., una enfermedad, imposibilitase al reo para comparecer dentro del primer término; siendo así que no hay manifiesta rebeldía y que no ha desmerecido la confianza de la ley y de la sociedad, por la cual goza el beneficio de la excarcelación provisional, sería injusto que se hicieran en él como en el fiador, efectivas las penalidades propias del desacato ó de la rebeldía. Toca entonces al Juez pesar estos motivos y si los cree razonables, señalar un nuevo término prudencial é improrrogable.

El derecho español tiene entre sus disposiciones, una que no aceptamos porque es vejatoria desde luego que pone trabas á la libertad provisional sin que haya necesidad, único fundamento substancial que las justificaría; y es la de que los jueces señalaran en el auto de ex carcelación varios días del mes en que deberá presentarse el reo al Juzgado, sin más objeto que el de comprobarse su presencia en el lugar del juicio.

La fianza, tal cual la proyectamos y ha sido legislada entre nosotros, es *carcelera*, porque contiene siempre la obligación de presentar al reo para ser devuelto á la cárcel de prevención ó donde deba cumplir condena. Nuestros fiadores pueden llamarse *carceleros comentarienses*, como los denomina la jurisprudencia española, porque toman á su cuidado la custodia del encausado, con obligación de restituirlo á la cárcel ó presentarlo ante el juez, en el tiempo que el Juzgado designe, *bajo la pena que como á tales carceleros*, dice Escriche, *se les imponga* por ministerio de la ley.

La importancia de esta garantía debe ser fijada por el Juez, teniendo en cuenta la gravedad de la inculpación, la fuerza de los cargos,

los intereses ó afecciones que ligan al inculpado más ó menos podero samente al lugar en que se encuentra, los recursos del mismo y de su familia, sus antecedentes personales, su mayor ó menor sinceridad y buena fe. El fiador debe ser persona abonada; y como tal se tendrá á toda persona de responsabilidad, que tenga capital, ó industria, ó profesión que le dé renta, y que no sea insolvente. A estar con nuestra ley procesal en vigencia, este sería el verdadero significado de la palabra *abonada* del artículo 204 del Código de Instrucción Criminal; pero, queriendo nuestros Jueces y en particular nuestros Fiscales del Crimen ser más realistas que el Rey y más severos y exigentes que la ley misma, han restringido esa noción de modo que para ellos, generalmente, sólo eran y serán personas abonadas los dueños de propiedades raíces (aunque deban más que lo que tienen) y comerciantes, sin distinción entre mayoristas y bolicheros, ya estén ó no fundidos.

¿Qué ha sucedido, pues?: que aparte de ser esos gremios egoístas por excelencia, muy pocos han sido los procesados que contaban con amigos comerciantes ó propietarios de fincas; y que, por consiguiente, inocentes ó pecadores, no podían salir de la cárcel por falta de fiador.

Esto importaba una inmensa desigualdad en el goce de las garantías individuales, proveniente de causas involuntarias, incidentales. ¡Desgraciado del transeunte, y decimos del transeunte rico, porque por una aberración inexplicable, los pobres y desvalidos, en las mismas condiciones de responsabilidad penal, estaban y están exentos de la obligación de prestar fianza y podían y pueden salir en libertad bajo caución juratoria (artículo 206, Código de Instrucción Criminal de la República O. del Uruguay). Los ricos, más sujetos á sus intereses, con más apego á la tierra, amantes de la familia; ofreciendo quizás por sus relaciones sociales y educación, mayores garantías, gozan y gozaban menores beneficios con relación á los pobres y desvalidos; precisamente por aquello que les hacía y hace más dignos de la confianza pública, por su arraigo, sus vinculaciones comerciales, etc., quedan y quedaban más ligados á la cárcel, se les ha declarado menos dignos de la libertad provisional!

La falta de presentación del inculpado, en que incurra el fiador, será penada con multa que el Juez determinará teniendo en vista la naturaleza y el mérito de la causa; de cuya multa no habrá perdón, aunque haya sido imposible al fiador dar cumplimiento á su obligación por fuga del procesado.

El artículo 205 del Código de Instrucción Criminal aludido, expresa que debe computarse esa multa á razón de *cuatro pesos por día* de prisión, de la que hubiese solicitado el Ministerio Público, si hubiese habido acusación contra el prevenido. De manera que, tratándose de decretar la excarcelación provisoria, predomina el criterio del Juez, según ese Código; pero si se trata de uno de los efectos de la fianza otorgada, debe predominar el criterio del acusador: lo que es absurdo, ilógico.

El Juez prevé que no corresponde sino pena de prisión: en tal caso autoriza la libertad bajo fianza; el Fiscal, no obstante esto, acusa más tarde, ó ha acusado ya, y pide contra el reo pena de *veinte años* de penitenciaría.

No es presentado el reo, y con arreglo al Código mencionado, los veinte años de penitenciaría se reducen á cuarenta de prisión y éstos en pesos, en razón de cuatro por día. ¡Esto ya raya en lo fabuloso! ¿Quién pensándolo bien, por caridad, por hacer un servicio á la humanidad afligida entre las paredes de una cárcel, se atreverá á semejante sacrificio, á dar su fortuna, á dar más de lo que tiene, á obligar su porvenir? Semejante pena, por lo que tiene de excesiva es inaplicable, y por esta otra razón, utópica y ridícula.

Es más racional y lógico, que, así como depende del criterio de los jueces la concesión de la libertad provisional mediante fianza, dependa del mismo criterio el alcance de los compromisos que personal y pecuniariamente contrae el fiador. De este modo, el criterio será uno y no múltiple. Lo sinónimo de *múltiple* sería *arbitrario*, en esta clase de asuntos.

La falta de cumplimiento de la obligación primordial del fiador, en cuanto depende de su voluntad y de lo que ha podido impedir, le será imputable. Si el reo resiste á ser presentado cuando es habido por el fiador, y esta resistencia es material, superior á los esfuerzos personales de este último, sería impropio de la razón imponerle el sacrificio, exponerle á un mal, á un atentado. Por esto es que el artículo 188, innovando en nuestro procedimiento, autoriza al fiador para que se valga de la fuerza pública en ese supuesto, comprobando su calidad y exhibiendo la orden emanada del Juez para que presente al fiado.

En cambio, obligado como está á custodiarlo, debe estarle vedado disculparse de su falta alegando que ha desaparecido, que ignora su paradero.

Habiéndose de dar un destino al importe de la multa que pague el fiador, nos parece que es útil y democrático que se aplique en mejoras públicas del Departamento donde tal pena se haga efectiva. Las Juntas E. Administrativas están encargadas por la Constitución del Estado, de fomentar el progreso de cada localidad; por tanto, será muy propio de ellas dar ese destino á esa multa, para lo cual deberá el Juzgado hacer entrega de su importe á la expresada corporación, sin pérdida de tiempo.

Debe haber una excepción á esta regla general, y es la de que si esa multa proviene de no presentarse el reo para cumplir la pena de penitenciaría ó muerte á que hubiere sido condenado por sentencia ejecutoriada, entonces como semejante pena apareja la obligación de indemnizar al agraviado por el delito respectivo y de pagar costas, corresponderá que aquella multa se aplique preferentemente á satisfacer dicha obligación, dándose prelación á las costas.

Art. 189—Cuando se trate de un procesado notoriamente pobre ó desvalido, podrá ser puesto en libertad siempre que corresponda legalmente su excarcelación, bajo caución juratoria.

Conc.: art. 206 del Cód. de I. Crim. Uruguayo—art. 364 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 386 del Cód. de P. Crim. Argentino.

Art. 190—El que haya sido puesto en libertad bajo caución juratoria, queda obligado bajo la fe del juramento:

1.° A presentarse siempre que se le llame por el Juez de la causa.
2.° A fijar domicilio, del que no podrá ausentarse sin conocimiento y autorización del Juez ó Tribunal que de la causa conozca; bastando este solo hecho para ordenarse nuevamente su prisión.

Conc.: art. 207 del Cód. de I. Criminal Uruguayo—art. 387 del Cód. P. Crim. Argentino—art. 365 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 191—La caución juratoria se extenderá por diligencia en el proceso, previniéndose en este acto al encausado, la pena en que incurrirá por su transgresión.

Conc.: art. 208 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 366 del Cód. de P. Penales Paraguayo.

Art. 192—En todos los casos, el otorgamiento de la fianza se hará en los mismos autos, extendiéndose la diligencia con expresión de las circunstancias en que se haya mandado, y firmándola el fiador con el Escribano.

Esta diligencia judicial surtirá los mismos efectos de una escritura pública y su costo se incluirá en la planilla de costas, para su cobro.

Conc.: art. 209 del Cód. de P. Crim. Argentino—art. 373 del Cód. de P. Penales Paraguayo—art. 106 del Cód. de I. Crim. Salvadoreño—art. 211 del Cód. de P. Crim. del Japón.

Art. 193—Cuando los excarcelados bajo fianza ó caución juratoria no se presentaren sin justa causa, siendo requeridos al efecto, se librará contra ellos auto de prisión; y constituídos en la cárcel, prisión ó prevención, no se les admitirá nueva fianza ni caución.

Conc.: art. 210 del Cód. de I. Crim. de la Rep. O. del Uruguay—art. 120 del Cód. de P. Crim. Alemán—art. 119 de la Ley de P. Crim. de Bolivia.

Es poco menos que improbable que los pobres, los desvalidos, los que no tienen bienes abundantes y los que por su edad, ó condición, se hallan sin medios ni recursos para el trabajo, ni tienen quién por razón de familia esté obligado á contribuir á su sustentación, es poco menos que improbable, repetimos, que esos miembros tristes de la familia humana, hallen quién les tienda la mano y ponga á su servicio su propia responsabilidad sin la esperanza de ser indemnizado en caso de hacerse efectiva.

La ley debe conmiserativamente suplir los auxilios particulares y llevar su tutela á la libertad allí donde es más necesitada y pordiosera. A propósito, pues, se satisface del último capital que queda al desheredado de la fortuna: la fe de su juramento, que es lo último que puede faltar al hombre. Pues bien; bajo la fe de su juramento, el procesado pobre ó desvalido se obliga á presentarse siempre que se le llame por el Juez que entendiese en la causa; á fijar domicilio, del que no podrá ausentarse sin conocimiento y autorización del mismo Juez, para que el cambio no obste á la más rápida tramitación del asunto ni pueda dar lugar á la ausencia del reo con perjuicio de la justicia.

La excarcelación es un acto de confianza. Perdida ésta por omisiones del procesado en lo referente á las obligaciones contraídas para lograr aquel favor, la sociedad tiene derecho á asegurarle para asegurarse á su vez el triunfo de la ley con el castigo del mal. De esto proviene que todas las legislaciones en las que se instituye la excarcelación provisional, bajo fianza ó caución juratoria, si el excarcelado no se presenta ó no es presentado á su tiempo, establecen que debe ser preso, y condenado á no salir de la cárcel mientras no sea absuelto de la culpa que se le imputa ó mientras no haya purgado su delito con la prisión impuesta por sentencia.

Entendemos que el requerimiento de presentación debe ser personal si el reo está en lugar conocido, y si no, debe hacerse por la prensa, para que sea sospechada de mala fe su conducta ó rebelión á los mandatos del Juez y se pueda decir que en verdad ha desmerecido la confianza que otrora inspiró.

La *caución juratoria* y la *fianza* se extenderán en la pieza de autos

relativa á la excarcelación provisional, que ha de seguirse por separado, porque no obsta la substanciación de ese incidente á la prosecución de lo principal.

Para destruir el abuso en algunos Juzgados, de cobrar fuera de planilla y en el momento de extenderse las fianzas, por carecerse de una disposición expresa de la ley al respecto, agregamos al final del artículo 192: que el costo de esta diligencia de fianza debe ser incluído en la planilla de costas, para su cobro.

Art. 194—El fiador podrá pedir al Juez en cualquier tiempo la relevación de fianza, la que no le será conferida mientras no presente al fiado á la audiencia ó á las audiencias que el Juez señalare con el objeto principal de intimar al reo la designación de nuevo fiador que acepte el cargo en el mismo acto, ó de volverle á la cárcel, prisión ó prevención donde salió si no designase ó no hubiere quien aceptase el cargo entre los designados, tan idóneo y abonado como fuere necesario según el criterio del Juez.

De cuanto se hiciere en la antedicha audiencia se labrará acta que firmarán el Juez, el reo y su defensor, el ex fiador y el nuevo fiador; acta que surtirá los mismos efectos que la diligencia de que habla el artículo 192, y que será autorizada por el Escribano Actuario ó dos testigos en su defecto.

Conc.: art. 107, número 3.º, del Cód. de I. Crim. Salvadoreño.

La fianza, á la vez que un favor para el reo, es en principio un servicio prestado á la justicia. Pero, como servicio voluntario que es, por cuanto á él se obliga voluntariamente el fiador, no hay razón para que él perdure, esto es, para que no sea relevado el fiador de su fianza y pese sobre él como un cruento sacrificio, sustituyendo la limitación indefinida de su libertad á la prisión preventiva del encausado. Sería un grave daño á la equidad que esta situación se prolongase innecesariamente: el fiador coacto, el procesado libre.

Restituyendo el fiador al fiado, volviéndole á la presencia judicial, colocándole en situación de preso, garantiendo de este modo la eficacia de la justicia penal, puede á esa condición ser declarada la caducidad de la fianza prestada.

Si se declarase esta caducidad sin que el fiador presentase al reo, sería lo mismo que poner en manos del primero, ó á su arbitrio, cumplir ó no la obligación contraída de su parte.

Art. 195—No queda exento de la pena el reo de delito ó falta, que estando en libertad bajo fianza no es presentado ni se presenta por sí mismo á cumplir la condena, por el hecho de haber pagado multa el fiador conforme á lo dispuesto en el artículo 188.

Conc.: art. 118 de la Ley de P. Crim. de Bolivia.

La ejecución de la fianza es una pena que se impone al fiador cuando falta al cumplimiento de la obligación de presentar al reo en los términos que le señalare el Juez de la causa. Esa pena es una multa; es directa y personal respecto del fiador omiso; no puede librar de los efectos de la sentencia al reo condenado; es un castigo impuesto con ocasión del daño y trastornos morales y colectivos que resultan de la paralización del proceso ó de la suspensión de los efectos de la sentencia condenatoria motivados por la rebeldía del reo, ó del mismo fiador; cuyas consecuencias hizo éste de su cargo, colocándose hasta cierto punto, en el puesto del encausado para hacerle más digno de una confianza que demostró á la postre no merecer de la justicia social.

Precisamente, porque la ejecución de la fianza, el pago de la multa que hace el fiador en su caso, no releva al procesado de las responsabilidades de su delito, es que el artículo 193 manda que *se libre auto de prisión contra el rebelde, á quien, una vez constituído en la cárcel,* no se le admitirá nueva fianza.

Las penas son irredimibles, por excelencia; si no lo fueran, se apartarían de sus fines: la expiación, la enmienda del delincuente, su aislamiento para amparar el derecho colectivo contra temibles atentados. Por la redención de las penas, éstas se desnaturalizarían, porque estaría muy fácilmente al alcance y arbitrio de los malhechores convictos cambiar los efectos de una pena con los de otra, con arreglo á sus conveniencias; siendo así que la penalidad se dirige al bienestar general y no, sino por accidente, al particular de los penados. Si la pena penitenciaria, por ejemplo, quedase rescatada por la ejecución de una fianza, tal vez nuestras cárceles penitenciarías estuvieran vacías y fueran un accesorio inútil, un mecanismo inservible en la administración de justicia aflictiva.

Con rebelarse los procesados al llamado de sus jueces, durante su libertad provisional, después ó antes de dictarse sentencia condenatoria, la pena de penitenciaría, única que la ley consagra para determinados delitos y su responsabilidad, sería utópica, una fórmula ilusoria. Esto, evidentemente es contrario al orden social.

Resultaría, entonces, que el penado sería el fiador, un hombre justo, inocente; y el criminal, el terrible autor del delito, el verdadero

transgresor de la ley penal, podría pasearse á cara descubierta, haciendo mofa de la ineficacia é imprevisión de nuestros Códigos. Esto sería inicuo.

Lo que queremos consignar en nuestra legislación procesal, de manera expresa que no dé mérito á dudas, está resuelto en la ley francesa y en otras legislaciones. Dalloz, refiriéndose á este asunto, comentando el artículo 125 del Código de Instrucción Criminal francés, dice:

Además de las acciones contra la caución (ó fianza carcelera) si tiene lugar, el prevenido que no ha obedecido á la requisición de presentarse á cualquier acto del procedimiento, debe ser aprehendido y encarcelado, en ejecución de una ordenanza del Juez de Instrucción, cuando el defecto de comparecencia tiene lugar durante la instrucción escrita. Si el prevenido incurriese en esa falta ante la Sala de Acusación, ó ante la jurisdicción correccional, correspondería á la Corte ó al Tribunal de la causa, ordenar el arresto del prevenido, en el acto mismo en que constase su falta de comparecencia (OUTRE les poursuites contre la caution, s'il y a lieu, etc...)

Este artículo (el 195 del Proyecto), reproduce el 139 de la Constitución de la República Oriental y determina su verdadero alcance. Es evidente á nuestro sentir, que lo que caracteriza la pena que un reo de delito debe sufrir, no es por sí sola como ya hemos dicho, la gravedad del hecho en sí, los efectos del hecho delictuoso, sino todo esto y además las circunstancias de lugar, tiempo y persona, contribuyentes en el sentido de aminorar ó aumentar la responsabilidad criminal y su correlativa penalidad. Pero nunca está demás abundar con el objeto de aclarar los términos de la ley, que sin embargo de ser sencillos y precisos, á veces se discute su verdadero significado; lo que nos induce á intercalar en el artículo 139 de la Constitución nacional, la frase *aunque se trate de hechos graves*, que se sobrentiende y se halla comprendida en el texto de aquella disposición. El artículo 35 del Código de Instrucción Criminal patrio, prescribe que en todos los casos, la calidad de la pena que debe recaer se determinará no sólo por la naturaleza del delito, sino también por las circunstancias en que se haya producido, según pueda apreciarse *prima facie* para los efectos de la fianza, ó de la caución juratoria, agregaremos.

Interpretado literalmente el precepto constitucional susodicho, la pena de prisión debería ser considerada siempre pena corporal. Pero, hay que recordar que cuando se promulgó la Constitución y hasta la sanción del Código de Instrucción Criminal después, regía en nuestro país la legislación española, la cual prescribía la simple prisión á título de medida preventiva, que se aplicaba á los presuntos reos. Por todo ese tiempo, la pena menor, corporal (expresamente no se consideraba tal la de destierro y confinamiento), era la de *presidio*, dividida en tres especies por su duración que fluctuaba entre dos y ochos años.

La pena de presidio en España, lo mismo que la de muerte, la de

galeras, bombas, minas, arsenales, eran de naturaleza grave y aflictiva.

Se ve, pues, que la pena de prisión establecida por el Código Penal patrio, cuyo máximum es de *dos años*, siendo el mínimum de *tres* meses, no existía como tal pena en la antigua España, de cuya terminología legal sacaron los constituyentes uruguayos la palabra *corporal;* y por consiguiente debe reputarse pena *incorporal*, á los efectos de la excarcelación bajo fianza ó caución juratoria.

Habiendo sido aquel y no otro, el concepto exacto de lo que era pena corporal, según la Constituyente uruguaya, resulta que es inconstitucional el artículo 392 del Código de Instrucción Criminal, en la parte que califica de corporal la pena de prisión de más de *seis* meses.

El año 1829, el de la sanción de la Carta fundamental de la República, regía la disposición de la ley 6, título 12, libro 5, de la Novísima Recopilación, del año 1502 y la ley 4, título 29, Part. 7.ª, por las cuales, aún cuando se procediera por delito grave, si después de la publicación de probanzas conocía el Juez que el reo era inocente ó que su culpa era leve, debía ponerle en libertad, siempre que diera fiador lego, llano y abonado que se obligase á presentarle á estar á juicio y á pagar lo que se determinase por sentencia.

En la Instrucción de corregidores (de España é Indias), de 1788, se prevenía á los jueces que conformándose con el espíritu de las leyes del reino, lejos de ser demasiado fáciles, procedieran con toda prudencia en decretar autos de prisión en causas ó delitos que no eran graves, ni se temiese la fuga ú ocultación del reo, principalmente contra las mujeres, cuyo natural pudor debe respetarse, ó contra los que se proporcionaban la subsistencia con su jornal ó trabajo á que no podrían dedicarse en la cárcel, resultando de aquí el atraso y aún la ruina de su familia.

El espíritu liberal de esta parte de la legislación española, se adelantó por mucho al de otras legislaciones extranjeras; queremos, á fuer de buenos descendientes de la heroica madre de América, reivindicar ese honor para ella, ahora que tantos de sus hijos, á pesar de alentar la vida de su alma generosa y espansiva, la posponen, más por ignorancia que por mala fe, en el orden de las naciones maestras del derecho positivo.

Francia, la gran Francia, de que con tanta justicia se hace encomio, ya por sus artes, ya por sus industrias, ya por sus descubrimientos en medicina, ya por sus adelantos en legislación; que se invoca como modelo de todo esto; recién consagró el temperamento de la excarcelación provisional el año 1791, en la Constituyente. En las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano (año 1793), artículo 13, se dice: *Puesto que todo hombre se reputa inocente mientras no se le pruebe que es criminal, si su causa exigiere* NECESARIAMENTE *arresto, es estrictamente prohibida toda severidad que no sea indispen-*

sable para la comparecencia de su persona. Desde entonces en adelante, sus leyes sobre esta materia se han ido perfeccionando, han sido más y más liberales, de manera que, casi podemos afirmar, ofrecen ampliamente á la magistratura, en cuanto se penetra de su espíritu, la posibilidad de evitar ó de hacer cesar el mal de las detenciones preventivas, allí donde el castigo del delito se halle asegurado contra el riesgo de la fuga ó de la desaparición de los culpables.

En toda materia, dice el artículo 113 del Código de Instrucción Criminal francés, *el Juez de instrucción podrá á petición del procesado y oído el dictamen del Procurador imperial, mandar que aquél sea provisionalmente puesto en libertad, con la obligación de,* etc.; y la ley de 14 de Julio de 1865, establece que en *materia correccional,* dicha excarcelación será de derecho; esto es, procederá de oficio. Solamente para este último caso es que la institución de la libertad provisional es preceptiva; lo que difiere de la disposición del artículo 184 del Proyecto y de los antecedentes que le informan, en los que es preceptiva en todos los casos, cuando no ha de resultar pena de penitenciaría ó de muerte.

La menor liberalidad de la ley y la falta de reglas fijas para que los jueces autoricen ó no la excarcelación provisoria, en Francia, explica lo que Ortolán observa: que allí se haya aprovechado bien poco de ella, mientras que en España y otros países vecinos, el provecho haya sido más general y útil. Del año 1831 al 1864, el número de excarcelados provisionalmente (bajo fianza), varió entre 11 y 9 por mil de los detenidos; proporción relativamente ínfima.

En Inglaterra, el año 1679 fué por primera vez sancionada en ley escrita la institución de que venimos haciendo referencia. La *Ley de habeas corpus,* de aquel año, votada por Carlos II, estatuye en el capítulo III, que: *dentro de dos días después de que se haya llevado la parte ante ellos, dicho lord canciller* ó *lord guardasellos, ó el justicia ó barón ante quien se haya llevado al preso como queda dicho, librará á dicho preso de su prisión, recibiendo su obligación y una ó más fianzas, por una suma que determinarán según su discreción, teniendo en cuenta la calidad del preso y la naturaleza del delito, comprometiéndose á comparecer ante la Corte del banco del Rey en el término siguiente, ó en los siguientes avisos, sesiones ó libramiento general de cárcel de ó para el Condado, ciudad ó lugar en donde se decretó la prisión ó se cometió el delito, ó en todo otro tribunal en donde pueda conocerse propiamente el delito, según lo requiera el caso, etc., etc. ; á menos que parezca á dichos lord canciller, lord guardasellos, ó justicia ó justicias, ó barón ó barones, que la parte así presa está detenida por procedimiento legal, orden ó auto de algún Tribunal que tiene jurisdicción en asuntos criminales, ó por alguna orden firmada y sellada con la firma y sello de alguno de los dichos jueces ó barones, ó alguno ó algunos jueces de paz, por materias ó delitos por los cuales no puede admitirse fianza al preso.*

El *bill de derechos* del año 1689, resolvió *que no debían exigirse fianzas excesivas*, á los efectos de la excarcelación provisional; *fianzas excesivas á personas aprisionadas por causas criminales*, que se exigían *á fin de eludir el beneficio de las leyes hechas para la libertad de los súbditos* ingleses.

El derecho americano ha asimilado estos principios del derecho español, francés é inglés; y les vemos señalarse en las constituciones y leyes sud y norteamericanas.

Un celo excesivo por el orden público y el interés de la instrucción procesal, ha multiplicado tanto las excepciones al beneficio de la libertad provisional en algunas leyes, que puede afirmarse que ese beneficio es de rarísima aplicabilidad y poco menos que vana su institución legal.

El artículo 206 del Código de Procedimiento Penal italiano, dispone entre otras cosas, que no podrán en ningún caso ser puestos en libertad provisoria, *los ociosos, los vagabundos y los mendigos*. Esto es tratar con la severidad con que se trata el crimen mismo, ciertas condiciones personales que deben escapar á la acción represiva social mientras no perjudican á tercero ni aún al orden público; son acciones privadas que generalmente las constituciones, incluso la nuestra, reservan á Dios, y eximen, por consiguiente, de la autoridad de los magistrados.

Sin embargo, entendemos que deben ser tenidas en cuenta por los jueces para calificar el grado de responsabilidad posible del fiador en los casos en que proceda la libertad bajo fianza; porque debe contraer responsabilidad mayor el fiador de un procesado *vagabundo*, que el del que ha tenido por costumbre el trabajo, el cuidado de una familia, el ejercicio de alguna industria honesta. Hay más probabilidades de que quebrante el compromiso de presentarse al Juez cuando fuere llamado, aquel que no acostumbra una vida sedentaria y no tiene arraigo en la sociedad por los vínculos de la moral, ni de la familia, ni del trabajo, que aquel otro, que agravaría la situación de sus intereses y sentiría dolor por el quebrantamiento de lazos tan poderosos.

Además, los efectos de una prisión preventiva sujeta á tanto rigorismo, son en Italia como en los demás países del mundo donde el régimen carcelario dista mucho de la perfección, más perniciosos á veces que la libertad del procesado. Esa mezcla transitoria de criminales es una fermentación de nuevos y variados crímenes, una escuela de refinamiento del mal, donde las cárceles preventivas están más descuidadas en su organización que las cárceles penales, como sucede entre nosotros.

Pero, lo más grave es que á esa escuela entra ó puede entrar la inocencia y ser manchada, contaminada por el vicio; esto es horrible, de terribles consecuencias para el orden y la moral pública.

Art. 196—Si hubiera de excarcelarse un preso ó detenido, por razón de enfermedad, el Alcaide de Cárcel, con informe del Médico Forense, dará cuenta al Juez de la causa, que deberá proveer en el acto la excarcelación con custodia segura.

TITULO XV

CAPÍTULO I

De los Jueces y Tribunales del plenario

Artículo 197—La justicia penal común plenaria será ejercida en el grado y jurisdicción que este Código determina por los Jueces penales; que lo serán en el Departamento de Montevideo: los Jueces de Paz, uno ó más Jueces Letrados de lo Correccional y uno ó más Jueces Letrados de lo Penitenciario; en cada uno de los demás Departamentos de la República: los Jueces de Paz, y un Juez Letrado de lo Correccional-Penitenciario.

Art. 198—Los Tribunales Superiores conocerán de las últimas instancias de los juicios de competencia en primera instancia ó en segunda de los Jueces Letrados de lo Correccional y Penitenciario y de lo Correccional-Penitenciario.

La institución genuina de Jueces de lo Penal (del Crimen, Correccional y de Instrucción), está exclusivamente establecida por el Código de Instrucción Criminal y otras leyes, en el Departamento de Montevideo. Los Jueces de Paz y Letrados de los demás Departamentos de la República Oriental, están llamados á desempeñar funciones mixtas, como jueces de lo Civil, de lo Comercial y de lo Penal; como *juzgadores* y como *sumariantes* en materia penal. Luego, pues, tenemos establecida

una desigualdad respecto de los beneficios derivados de la administración de justicia penal, que necesariamente deben ser mayores en la Capital que en el resto de la República; porque las funciones judiciales, como cualquiera manifestación humana, se perfeccionan con la especialización y buena organización.

La separación de la justicia civil, en general, de la justicia punitiva, importará entre nosotros, si se realiza tal cual la proyectamos, un inmenso progreso.

Ya lo hemos dicho al tratar de los Jueces de Instrucción: se ganará, merced á ella, tiempo y perfección, acercándonos al ideal de la justicia perfecta.

La descentralización judiciaria, aparte de esta ventaja de la división del trabajo, importa un paso dado en nombre de la democracia.

¿Qué razón puede oponerse á estas que invocamos en apoyo de nuestro proyecto de crear juzgados especialistas en lo penal, en toda la República, en las cabezas de Departamento, al menos?

Ninguna fundamental, ninguna grave.

Se dice y repite que semejante organización judiciaria aumentaría el número de los gravámenes que pesan sobre el erario público. Esta es la razón económica, la eterna cantinela de los que ni siquiera se dan una idea de la grandeza é importancia de la judicatura, tan atrasada entre nosotros, no obstante deber tener á su guarda los fundamentos del orden social, de la familia y de la tranquilidad pública y privada; en una palabra, la guarda de la misma libertad, que estriba en el ejercicio armónico de todos los derechos individuales y políticos; siendo así que la justicia represiva se dirige al restablecimiento de esta armonía suspendida ó quebrantada por el delito.

En un país como el nuestro, con un presupuesto anual de cerca de 17 millones de pesos, calculado sobre los gastos que demanda la administración general, incluso la pequeña partida que eroga nuestro actual sistema judiciario, sería raquitismo imperdonable no votar una reforma tan necesaria y útil como la propuesta y que hace tiempo se viene proponiendo en forma parecida, á pretexto de no recargar esa abultada y espantosa cuenta, proveniente, en gran parte, de derroches y de servicios transitorios é innecesarios, con la suma de 80,000 ó 90,000 pesos, poco más ó menos. Si dedujéramos de aquella cantidad lo superfluo, lo vano, lo que no tiene verdadero valor ni da provecho al país, estamos seguros que alcanzaría con sobras para cubrir la relativamente ínfima que demandaría el organismo proyectado.

Ese argumento económico, jamás podrá considerarse propio de publicistas, de hombres de estado; porque descuidar la administración judicial, dejarla en la postración en que se encuentra, es dejarla vivir en un fatal desprestigio, es perder la más eficaz garantía de la libertad, es ser indolente con lo que en el sentir de Benjamín Constant, es el primero de los intereses de una nación.

Contra la descentralización judiciaria no puede alegarse que faltarán letrados aptos ni jurados imparciales que acepten y ejerzan el cargo con dignidad en las capitales de los Departamentos. Nadie que se precie de conocer esos centros de población, podrá negar su cultura; nadie que conozca nuestro Foro podrá negar la superabundancia de abogados, de vasta preparación é inteligencia para el cargo. Es falso que sólo los jueces radicados en los grandes centros de población estarán en condiciones de dictar sentencias, libres de sugestiones que desnaturalizan el alto ministerio que desempeñan. Nuestra justicia, en general, podrá resentirse de falta de competencia ó estudio de los jueces; podrá resentirse de algún abandono; pero puede enorgullecerse, en medio de sus lamentables deficiencias, de ser independiente hasta la ostentación, y lo que es muy notable, tanto más independiente cuanto más distante de esos grandes centros de población y de gobierno, donde la sugestión ó las influencias extrañas á la legalidad son más fáciles de requerir y más fáciles de ejercer.

Ese argumento, además de falso es débil, tratándose de los jueces que aplican el derecho; porque, como se ha dicho bien, se podría volver contra los que sustentan el sistema judiciario actual de campaña. Los actuales Jueces Letrados Departamentales conocen en delitos de alguna gravedad; es en el desarrollo de la acción correspondiente á estas causas, principalmente en las de menor importancia, que cabe hacer sentir con más frecuencia las influencias ilegítimas, porque la poca resonancia de este género de delitos, envuelve en el misterio ó cubre con la indiferencia pública las imposiciones ó acomodamientos que se busca prevenir; por los grandes crímenes, al contrario, se conmueve hondamente á la sociedad ó agrupación en cuyo seno se producen, y la acción fiscal y de los jueces se siente fortalecida en sus energías con esa acción popular extrajudicial que se impone ineludiblemente, como si la sociedad entera quisiera escarmentar y reprimir los atentados que la hieren en sus derechos más caros y en su organismo institucional.

Pero, si desgraciadamente en algún caso fuese posible el influjo á que aludimos, siendo ejercido en las primeras instancias, sería susceptible de reparación el mal que causare, por sentencia ulterior emanada de autoridad presumiblemente libérrima y superior.

En la denominación de delitos y faltas, se comprende á todas las acciones ú omisiones voluntarias castigadas por el Código Penal. Este Código ha derogado la anterior división que hacía el Código de Instrucción Criminal: de delitos *graves* y *leves*.

Si antes era inadecuada la expresión Jueces del *Crimen*, porque estos Jueces eran de *delitos graves* que no eran denominados *crímenes*, por nuestras leyes, como por la ley francesa lo son, en adelante también lo será, porque tampoco usa el Proyecto la palabra *crimen* para designar los delitos graves. Desechamos, pues, la denominación de

Jueces del Crimen, desde luego que en la clasificación de las acciones y omisiones punibles, no hay *crímenes* ni habrá entre nosotros.

Como veremos al tratar de la jurisdicción, ésta se dividará en tres clases: 1.ª la de los delitos que, atendiendo á su naturaleza, tienen señalada por el Código Penal, pena de *penitenciaría* ó pena de *muerte;* 2.ª la de los delitos que aparejan pena de *multa, prisión* ó *destierro,* que reputamos *correccional;* 3.ª la de las *faltas,* que tiene á su cargo aplicar penas levísimas, *multa ó prisión equivalente.*

Hemos creído sencillo y expresivo tomar para los Jueces Letrados, de la clase de penas que podrán infligir según su jurisdicción, su propio nombre. Así los Jueces Letrados con la 2.ª jurisdicción, se llamarán *Jueces de lo Correccional;* los de la 1.ª, *Jueces de lo Penitenciario.* Pero si hay Jueces Letrados que, como los Departamentales de campaña, dominan esa doble jurisdicción, lo más apropiado será nombrarlos *Jueces de lo Correccional-Penitenciario.* Por el título del Juzgado Letrado se conocerá su jurisdicción.

A los Jueces de Paz, por cuanto entenderán en las causas levísimas, les está muy bien conservar su vieja denominación, porque son jueces disciplinarios, les está encomendada la restauración del derecho cuando ha sido vulnerado sin conmoción ni estruendo; ejercen una jurisdicción de vecindad, casi de familia, en asuntos de fácil y breve solución.

En Montevideo habrá el número de Jueces de lo penal que la Ley de Presupuesto determine teniendo en consideración las exigencias de una pronta y sabia administración de justicia. En nuestro entender, dos Jueces *de lo Penitenciario* y dos *de lo Correccional,* bastarían. En la campaña sería bastante un *Juez de lo Correccional-Penitenciario* por cada Departamento, con residencia en la respectiva Capital.

Además de estos Jueces, sería excelente cosa que hubiera uno ó dos Tribunales Superiores de lo penal, encargados de juzgar en segunda ó tercera instancia en las causas subidas en apelación de las sentencias de los Jueces Letrados y de los de Paz, respectivamente. No obstante sus laudables esfuerzos por el mejor desempeño de sus variadísimas obligaciones, los dos Tribunales que funcionan actualmente distan muy lejos de satisfacer á la justicia penal en sus graves exigencias. Ni es posible esperar de ellos un estudio profundo de cada materia jurídica, ni tampoco que en el tiempo de que les es dado disponer puedan tener al día el cúmulo gigantesco de asuntos voluminosos que deben estudiar y resolver. Hoy por hoy, y para más adelante, con mayor razón se hace indispensable la creación de una ó dos salas con jurisdicción única, exclusivamente penal.

A esto no se opone la Constitución de la República, porque deja librado al criterio del legislador la fundación de cuantos Tribunales de Apelaciones (Salas) sean precisos y determinar el número de sus *Ministros.*

El nombramiento de los individuos que han de componer los Tribunales Superiores de lo penal, se habrá de hacer en la República, de conformidad á lo dispuesto en los artículos 100 y 103 de la Constitución, debiendo aquéllos ser ciudadanos naturales ó legales y con cuatro años de ejercicio de la profesión de Abogado.

Aún cuando por leyes especiales, los Tribunales de Justicia en ejercicio desempeñan funciones de Alta Corte, creemos que no deben ejercerla hasta el punto de nombrar los miembros de los Tribunales de cuya creación hablamos por incidencia.

Su nombramiento debe hacerse en la misma forma que el de sus colegas; del otro modo sería hacerlos depender por consideraciones de carácter personal; lo que sería contrario á todo plan de organización judiciaria que debe basarse en la más absoluta independencia de criterio entre magistrados. El Senado, por el mayor número de sus miembros, unido á la idoneidad y á lo amovible del cargo, imbuído en un orden funcional completamente distinto, está más indicado para efectuar los expresados nombramientos sin el peligro de influencias ulteriores; para que la igualdad jerárquica no se resienta, es forzosa la comunidad de origen y dependencia.

Los Ministros de los Tribunales Superiores de lo penal, en caso de fundarse, deberán ser mayores de 30 años de edad. La Constitución no dice nada sobre la edad competente para ser Ministro de los actuales: sólo señala el mínimum de 40 años de edad para poder ser miembro de la Alta Corte. La ley procesal, tratando de los Jueces en general, señala el mínimum de 25 años como edad competente para poder serlo. Conceptuamos corta relativamente esa edad tratándose de *camaristas*, que deben ser de aspecto más grave y tener toda la fisonomía de un hombre reposado, reflexivo, con pasiones dominables, carácter más definido, mayor serenidad, dominio superior de sí mismo que, con rarísimas excepciones, es imposible entre hombres más jóvenes. La edad mínima de los miembros de los Tribunales debe ser intermedia con relación á la de los jueces inferiores y á la de los Ministros de la Alta Corte.

La ley que asigna 25 años de edad mínima á los efectos de poder ser juez, debe ser reformada en lo tocante á los miembros de los Tribunales Superiores de lo Civil.

Art. 199—El nombramiento de esos Jueces será hecho por los Tribunales de Apelaciones en Sala plena.

Art. 200—No podrán serlo: los menores de 25 años de edad, los sordos, los mudos, los sordo-mudos, los ciegos, las mujeres, los procesados y penados por delito, éstos últimos

mientras no transcurran seis años de su excarcelación ó rehabilitación, en que se hicieran notar por su buena conducta. Se estará, además, á lo que determinen leyes especiales y particulares, anteriores á este Código y que en nada se le opongan.

La Alta Corte de Justicia ó los Tribunales Superiores reunidos, haciendo sus veces en su defecto, nombrarán según este artículo, los Jueces Letrados inferiores de lo penal, que deberán ser ciudadanos naturales ó legales y haber ejercido dos años la abogacía, de conformidad á lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución de la República. Pasará, pues, con los Jueces Letrados de lo penal lo que hasta ahora ha sucedido con el nombramiento de los Jueces Letrados de instancia en la República, que ha sido hecho por los Tribunales de Apelaciones en Sala plena, aunque sin que la Constitución ni las leyes lo facultasen.

No podrán ser nombrados jueces los menores de 25 años de edad, porque hasta allí el poder de las pasiones es inmenso, las veleidades de la juventud temibles, la madurez de las ideas y juicios dudosa, la serenidad de ánimo inconsistente.

Menos aún podrán ser jueces los sordo-mudos, porque son inhábiles, están físicamente impedidos para expresarse en sus relaciones más personales y simples de la vida, tanto más en aquellas complexas y trascendentales de la administración de justicia. Los sordos no servirían para presidir audiencias verbales, oir testigos; los mudos no podrían dar á entender sus preguntas, sus mandatos que no han de ser escritos; al menos, la mudez y la sordera serían un grave inconveniente y provocaría á veces hilaridad. Los ciegos, por parecidas y obvias razones, están también físicamente inhabilitados para el ejercicio de cualesquiera funciones públicas.

Las funciones públicas son funciones de ciudadanos. La Constitución Oriental es inflexible al requerir ciudadanía natural ó legal para su desempeño, y las mujeres no la tienen; la calidad de ciudadano es inseparable de la condición de *hombre;* ciudadanos naturales son todos los *hombres libres*, nacidos, etc., dice el artículo 7.º de la Constitución; ciudadanos legales son: los extranjeros *padres* de ciudadanos naturales, etc.; los *hijos* de padre ó madre natural, etc., etc., dice el artículo 8.º. El temperamento de la mujer es inapropiado para la magistratura; como que la mujer está hecha para el hogar, allí empieza y allí debe concluir su hermosa misión sobre la tierra. No conocemos ejemplo de país alguno, ni antiguo ni moderno ni contemporáneo, en que el Poder Judicial esté, como institución, desempeñado por la mujer; salvo el derecho de *gracia* ó de *indulto*, reservado por algunas constituciones monárquicas á la augusta *soberana.*

Los procesados por delito por el cual haya de recaer pena corporal ó infamante (de *penitenciaría* ó de *muerte)*, tienen suspendida su ciudadanía (artículo 11 de la Constitución Uruguaya); luego, pues, no pueden ser nombrados jueces. Tampoco podrán serlo los procesados por delitos menos graves, porque los magistrados deben ser rectos, virtuosos, amigos de la verdad, insospechables de trasgresiones punibles tan luego de una ley que ellos deben hacer cumplir y respetar y por cuyos méritos deben infligir un castigo.

Su austeridad, su consagración al trabajo y al estudio en el conocimiento de los asuntos de su ministerio, se hallarían comprometidos por el procesamiento de su persona; la fe pública depositada en él, se disiparía; perdida la confianza hacia el Juez, queda desprestigiada la justicia misma.

Los condenados por delito, convencidos de injusticia, son indignos de confiárseles la justicia distributiva mientras que sometidos á la prueba de su regeneración no se rehabilitan con el curso del tiempo, haciéndose notar por su irreprochable conducta del futuro.

Art. 201—Si hubiere en el Departamento de Montevideo dos ó más Jueces Letrados de lo Correccional y dos ó más Jueces Letrados de lo Penitenciario, se turnarán los de la misma especie semanalmente, en el conocimiento de las causas nuevas ó á iniciarse en cada semana y que sean de su jurisdicción.

Conc.: art. 11 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

El conocimiento de causas por turno semanal tiende á hacer equitativa la división del trabajo entre los jueces y Tribunales de una misma categoría. El turno lo determina el delito mismo, en el día de su perpetración, ó la sentencia, en el día en que se concede la apelación ó se deniega franqueándose el recurso de queja respectivo.

Art. 202— Es incompatible el cargo de Juez penal con el de Senador ó Representante, y con el ejercicio simultáneo de otro empleo público, aunque sea municipal.

Conc.: art. 12 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay

Este artículo quiere significar que es incompatible formar parte integral de los distintos Poderes en que están divididos constitucionalmente el Gobierno y la Administración del Estado Oriental. Es la consagración legal del principio de la división de los Poderes del Estado.

El manifiesto que dieron nuestros Constituyentes el año 1830, sometiendo al juramento y adhesión de los pueblos de la República su Constitución, decía: *La forma de gobierno republicano representativo que ha sido sancionada, no sólo es conforme al espíritu público del país, á los principios proclamados desde la revolución de América, y á los deseos de casi todos sus habitantes, sino también la más propia para alcanzar esa libertad que tanta sangre y tantos sacrificios cuesta á los orientales. Vuestros Representantes, siguiendo ese sentimiento nacional, han desenvuelto las bases en que se funda;* HAN DIVIDIDO LOS PODERES; *separaron la formación de las leyes, de su ejecución y aplicación; detallaron las atribuciones de cada uno, y reconocieron que residiendo la soberanía radicalmente en la Nación, sólo á ella, por medio de sus Representantes, compete formar las que se han de obedecer, porque sólo ella puede imponer los preceptos coercitivos de la libertad natural, cuando lo exige la felicidad común, único y exclusivo fin de toda asociación política. Sin una autoridad encargada de formar las leyes; sin un Gobierno que cuide de cumplirlas; sin jueces que las apliquen en las contiendas particulares, los hombres no reconocerían otro derecho que el del más fuerte, ni éste otra razón de obrar que su utilidad y su capricho; no habría deberes que llenar ni obligaciones que cumplir, y una confusión perpetua sería el escollo en que vendrían á estrellarse la libertad individual, la seguridad del ciudadano y el tranquilo goce de sus propiedades. Estas verdades que prueban la necesidad de un Gobierno, nos enseñan también que cuando un mandatario por la fuerza, ó el sufrimiento vergonzoso de los pueblos, pretende y consigue reunir los diversos Poderes que garanten sus libertades, puede por el mismo hecho mandar lo que quiere y hacer cumplir lo que manda. Entonces las leyes dejan de ser la convención que los hombres hacen entre sí para reglar el ejercicio de sus facultades naturales, determinar la legalidad de sus acciones, y lo que debe prohibirse á cada uno por el interés de todos: ellas son el precepto de un particular que somete á los demás, los esclaviza dejándolos dependientes de sus deseos, y convierte la sociedad en un espectáculo de despotismo y anarquía. De aquí nace la necesidad de estos diversos Poderes conservadores del orden público, y la dificultad de trazar las líneas que detallando sus atribuciones demarquen también los deberes del que manda y las obligaciones del que obedece... Últimamente el Código Constitucional establece un Tribunal Supremo de Justicia, que debiendo juzgar las infracciones de la Constitución y los abusos de autoridad, reprimirá al poderoso por la aplicación de la ley, y desagraviará al miserable. Conteniendo así las personas que desempeñan las funciones de los Poderes constituidos, los conducirá al solo objeto de su institución y los conservará dentro del círculo de sus respectivas atribuciones. Vuestros jueces, en el ejercicio de la judicatura, no dependerán ya del que manda, ni las sentencias que pronuncien serán el producto de su influjo.*

El doctor don José Ellauri, miembro informante de la Comisión de Constitución y Legislación de la Asamblea Constituyente, también decía al informar sobre el Proyecto de Constitución: *El Poder Judicial, cuya completa organización se deberá á las leyes secundarias, se ve en el Proyecto, constituido en tal independencia, que ella sola basta para asegurarnos que no serán en lo sucesivo los hombres quienes nos juzguen, sino las leyes. Si en este ramo, el más difícil y complicado sin duda, podemos algún día conseguir la perfección, no quedará nada que desear para ver afianzada la libertad.*

Los jueces deben, por la seriedad é importancia de la administración de justicia, aplicar toda su voluntad, todos sus sentidos, toda su inteligencia é ilustración al fiel cumplimiento de su misión, desde el principio de cada asunto de su incumbencia hasta la terminación con el fallo que coordine los derechos que entre sí pugnen, y restaure los que sean violados; con reatos, con preocupaciones pasionales, aumentaría para el Juez la dificultad de percibir lo verdadero, de realizar la plenitud de la justicia. Por esto es que el Excmo. Superior Tribunal uruguayo, en el año 1882 declaró que: en todas partes, y especialmente en países menos combatidos por frecuentes luchas políticas, es condición indispensable de buena justicia que los encargados de administrarla observen siempre una conducta tan imparcial y circunspecta, que por el hecho se pongan á cubierto de toda sospecha, por infundada que pueda ser, sobre el fiel cumplimiento de sus deberes; lo que no podría tener lugar si los jueces tomasen, de cualquier manera que sea, participación activa y principal en la vida de los partidos y sus manifestaciones. Que tan marcado ha sido el interés de la ley porque los jueces se dediquen pura y exclusivamente al ejercicio de su cargo, y que no sean distraídos por otras atenciones de carácter permanente, que ha establecido expresamente la incompatibilidad del puesto con el desempeño de otras funciones públicas y prohibido á los jueces ciertos actos de carácter privado.

Ejemplo de esto último tenemos en el número 3.º del artículo 27 del Código de Comercio de la República, que prohibe ejercer esta profesión por *incompatibilidad de estado*, á los magistrados civiles y jueces, en el territorio donde ejercen su autoridad y jurisdicción con título permanente.

La circunstancia de no tratarse en determinados casos de una función judicial permanente sino accidental, no modifica el principio de la división de Poderes sobre que se apoya la organización de nuestro Gobierno. Los *conjueces* son jueces en el asunto sujeto á su decisión, con las mismas prerrogativas y obligaciones de los titulares; luego, pues, la incompatibilidad establecida entre los jueces y los empleados de otros Poderes públicos, por la índole de sus funciones, debe existir respecto de los conjueces y esos mismos empleados, cualquiera que sea su categoría. Con razón se agrega á estos argumentos que la ad-

misión de los miembros de la Legislatura, que tienen fueros especiales, á integrar los Tribunales, presentaría el inconveniente de que, en su caso, no podrían hacerse efectivas en ellos las responsabilidades establecidas por la ley por razón del cargo judicial.

Esta incompatibilidad que fué reconocida por sentencia del Superior Tribunal, el año 1882, en 26 de Julio, según hemos visto, ha venido haciéndose carne en la práctica del foro nacional. El año 1897, el autor de esta obra era Diputado en ejercicio por el Departamento de Minas; y en una causa criminal tocóle por sorteo ser designado *conjuez;* se excusó de aceptar el cargo fundándose en la incompatibilidad de él con la representación política que investía; su excusación no fué objetada por el Excmo. Superior Tribunal; quedó ratificado aunque tácitamente el precedente sentado en la sentencia aludida.

No importa para que dicha incompatibilidad entre la judicatura y otro empleo de la Administración pública exista, que éste no sea remunerado, como no lo es, por ejemplo, el ser miembro de las Juntas Económico-Administrativas. En primer lugar, las Juntas tienen frecuentemente que litigar, y si fueran miembros de ellas los jueces, sobrevendrían excusaciones y recusaciones que perjudicarían á las otras partes interesadas en el pleito, aumentando gastos y demoras. Las Juntas son corporaciones dependientes en sumo grado del Poder Ejecutivo; esta dependencia quebraría la autoridad, viciaría la autonomía de los jueces ediles. (1)

Art. 203—La judicatura penal es independiente de toda otra autoridad, en el ejercicio de sus funciones.

Conc.: art. 13 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

La independencia del Poder Judicial, ha dicho el doctor Pablo De-María, está en el asenso de la universalidad de los jurisconsultos, y *es una de las más preciosas garantías del derecho. Cuando el despotismo*

(1) Estudiando la cuestión, Lieber, en su tratado sobre la libertad civil y el gobierno propio, la plantea en esta forma: ¿Acredita la experiencia que los jueces, teniendo asiento en la legislatura, en donde ellos tienen que pertenecer á uno ú otro partido, son susceptibles de ser influenciados en el Tribunal? La Inglaterra, responde, nos ofrece en los tiempos modernos, en Eldon, Thurlow, Marsfield y Hardwicke, la prueba de que pueden resistir sus inclinaciones políticas. Pero esta observación solamente se extiende á casos comunes. ¿Fueron ellos, ó habrían sido completamente imparciales en todos aquellos juicios que puedan llamarse políticos? Y, ¿cómo un juez entra en la legislatura? ¿Puede hacerlo sin intervenir en las elecciones? Cuanto más popular es un Gobierno, más necesario llega á ser el inmediato contacto entre el candidato y sus constituyentes. ¿Y quién desea ver en esta posición al Juez qué debe ser el oráculo independiente de la ley?

La biografía del Juez Story nos lo presenta desde el momento de su ascensión á la magistratura, no solamente evitando mezclarse en política de un modo cualquiera sino aún con mera apariencia de ello.

impera en un pueblo, no todo está perdido si el ciudadano halla en la independencia del Poder Judicial un último baluarte donde ampararse para resistir á la ilegalidad y la injusticia.

La independencia judicial es un postulado. ¿Qué cosa es el Juez? Responde Taparelli: un hombre representante de la *autoridad* social, que ha de decidir acerca del derecho controvertido. De la autoridad social tiene ese hombre el derecho de obligar, y por consiguiente no puede *obligar* sino á lo que por ley pública está prescrito; pero como para ello necesita *determinarse*, y toda luz al efecto ha de venirle de su propia razón, dicho se está que no puede *declarar* (el derecho) *sino conforme al dictamen de su propia conciencia.* La *fuerza* del Juez se la da la *ley*, pero la *luz* se la da la *razón; fuerza* y *luz* son necesarias al acto del Poder Judicial; luego, sentencia que no sea engendrada por ambos, es sentencia contraria á la naturaleza del juicio. (1)

Art. 204—Todas las autoridades y reparticiones públicas deberán auxilio y prestarse á cuanto dentro de la ley y de sus facultades y atribuciones les pidieren, exhortaren ó mandaren, según sus categorías, los Jueces de lo penal; sin que les corresponda calificar el fundamento del petitorio, exhorto ó mandato, ni la justicia ó legalidad del procedimiento judicial observado.

Conc.: art. 14 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Es una consecuencia del principio de la independencia del Poder Judicial, y también de la solidaridad en el fin, que debe existir entre todas las autoridades en que se descompone el Poder público, para la conservación del orden, el triunfo de la legalidad y del bien.

Art. 205—Las decisiones ó decretos que los Jueces en materia penal expidieren en los asuntos de que conozcan, no les impondrán responsabilidad sino en los casos especificados en este Código.

Conc.: art. 15 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

---

(1) Diremos con el mismo Lieber, que un departamento judiciario independiente es uno de los más indispensables elementos del self-governement, porque el self-governement implica siempre restricción mutua. (V. además lo que manifestamos con relación al mismo asunto en el capítulo de los Jueces de Instrucción, Tít. IV del PROYECTO).

El artículo 116 de la Constitución Uruguaya declara *que todos los jueces son responsables ante la ley de la más pequeña agresión contra los derechos de los ciudadanos, así como por separarse del orden de proceder que ella establezca.*

Ante la ley no puede nadie ser responsable sino en los casos que ella misma determine, así como por separarse del orden que ella misma establezca para la substanciación de los procesos. Toca á la ley, pues, señalar los casos de agresión á los derechos de los ciudadanos, para hacer reo de responsabilidad á los jueces que incurran en ellos.

La enunciación de esos hechos ú omisiones que perjudican el derecho colectivo ó individual, debe ser taxativa, porque de otra manera en la duda de la legalidad del acto cuya apreciación pertenecería no á la ley sino al criterio mudadizo del hombre, los magistrados se hallarían irresolutos, anulándose la libertad de acción de que deben disponer.

Art. 206—El cargo de Juez penal expirará:

1.° Por inhabilitarse física ó moralmente para ejercerlo.
2.° Por incurrir el Juez en virtud de un proceso penal seguido contra él, en la pena de inhabilitación absoluta ó especial para el cargo.
3.° Por haber sido condenado por delito.
4.° Por la renuncia del cargo hecha por el Juez, y aceptada.
5.° Por la promoción del Juez á otro empleo del orden judicial.
6.° Por la aceptación de un cargo declarado incompatible con el ejercicio de la judicatura.
7.° Por destitución del Juez en virtud de sentencia pronunciada en juicio de responsabilidad.

Conc.: art. 16 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Ya hemos visto que el buen Juez debe gozar la integridad de sus sentidos, y tener dominio sobre su cuerpo, que ciertas enfermedades debilitan, que ciertas deformidades ingénitas ó adquiridas invalidan. Para que estos defectos causen la expiración del cargo de Juez, deben ser permanentes, incurables, no pudiendo tener otra virtud, en el su-

puesto de ser curables, que la de suspender provisoriamente, si no es por largo tiempo, ni se perjudica la buena marcha de la administración judicial, las funciones del Juez, que debería ser subrogado.

Pero si una enfermedad física puede inhabilitar al Juez, mayormente lo inhabilitará una enfermedad de su mente: la *locura*, la *demencia*, cualquiera otra enfermedad parecida; lo que constituye un impedimento *moral* para cumplir rectamente el cargo de Juez.

Hay *locuras* curables si las circunstancias lo permiten. En tanto que la cura del Juez enloquecido sea factible en breve tiempo y no dé lugar á dudas sobre ser duradera, no deberá entenderse la expiración del cargo de Juez tan á la letra de la ley, sino que debe entenderse como una suspensión temporaria con subrogación.

Pudiéndose conciliar los intereses públicos con el que pueda tener el Juez que cae en la desgracia de perder la razón, será equitativo que nò se le prive de su empleo si vuelve á recuperar sus facultades mentales, la voluntad, muy especialmente, si no las ha perdido por vicio que le sea imputable.

La pena de *inhabilitación absoluta* para empleos públicos y derechos políticos, produce: 1.º pérdida de los cargos y empleos públicos de que estuviere en posesión el penado, aún cuando provengan de elección popular; 2.º privación durante la condena, de todos los derechos políticos, activos ó pasivos y de la capacidad para ser jurado; 3.º incapacidad para obtener los cargos y empleos mencionados durante el tiempo de la condena. (Artículo 41 del Código Penal de la República O. del Uruguay).

La pena de *inhabilitación especial*, produce: 1.º pérdida del cargo ó empleo sobre que recae; 2.º incapacidad para obtener otros del mismo género por el tiempo de la condena. (Artículo 42 del Código Penal de la República O. del Uruguay).

La pena de *inhabilitación especial* para determinado oficio público ó profesión titular, produce la incapacidad para ejercer el oficio ó la profesión por el tiempo de la condena. (Artículo 43 del Código Penal de la República O. del Uruguay).

Los jueces no cesarán en el cargo por el solo hecho de procesárseles á causa de delito. *Como el ciudadano que se halla desempeñando el cargo de Juez,* dice el doctor Pablo De-María, *tiene un derecho adquirido respecto de ese cargo, natural es que el hecho de ser procesado, sin haber sido aún condenado, no baste para que se le separe, como basta para impedir que se nombre Juez á un ciudadano que, no ocupando todavía el puesto, no puede alegar derecho adquirido alguno.*

El cargo de Juez es renunciable; pero, á fin de que la sociedad no seperjudique por el desamparo del Juzgado, que resultaría de la renuncia inconsulta é inesperada, la ley debe exigir al renunciante que, mientras no le fuere aceptada la renuncia, cumplirá con los deberes del oficio que quiere dejar.

La autoridad encargada de la aceptación de esta renuncia ha de resolver lo que corresponda, sin demora: pues, si no fuera así, el Juzgado sería empleo obligatorio, lo que no está en armonía con el espíritu informante de la institución de los jueces de derecho.

La promoción de los jueces, para que surta efectos, ha de ser consentida por éstos. El principio de la inamovilidad de los magistrados es contrario, tanto á su promoción inaceptada, como á su traslación á otro Juzgado de igual categoría ó inferior del que regentean.

Desde luego que un letrado toma á su cargo un Juzgado en tal ó cual parte, es porque no siendo obligatorio el cargo, consulta sus propias conveniencias al mismo tiempo que se considera capaz, y se le considera para ejercerlo; tiene un derecho adquirido á que no se frustren aquellas esperanzas de ventajas que su posición puedo reportarle, y á que no se desdore su prestigio, merced á un cambio de lugar ó de jurisdicción. Es muy frecuente entre nosotros que el Excmo. Superior Tribunal se abrogue la facultad de trasladar un Juez de Canelones, por ejemplo, á Rivera y que en nada se tenga en cuenta la voluntad del magistrado. Naturalmente, lo primero que ocurre preguntar en tales casos, es el por qué de la medida: si el Juez de Canelones es indigno de ejercer justicia en este Departamento reputado de mayor categoría en el orden de las promociones, que el otro de los nombrados; y si es indigno, ¿cómo es que debiendo ser la justicia igualmente prestigiosa y prestigiada en el país, se saca un mal Juez de un lugar y se lleva á otro?

El Juez de Canelones ha sido omiso, ó es incompetente, de pura notoriedad; pues entonces, se le destituye; porque los jueces sólo han de durar en el empleo durante su buen comportamiento.

El Juez de Canelones ha cumplido siempre con su deber, no se ha separado nunca del sendero de la verdad y del derecho; pues, entonces, se le infiere agravio, se le arranca del seno de una sociedad en la que es querido y respetado, se le arroja fuera de las puertas de la Capital, de los mayores centros de población y cultura, en premio de sus merecimientos!

El número 5.º del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil de la República Oriental, establece clara y terminantemente que las promociones deben ser aceptadas por los jueces, no obstante importar un mejoramiento, un paso más hacia adelante en la carrera forense; y sin embargo, nuestros Tribunales, de un tiempo atrás hasta ahora, con raras excepciones tal vez, han procedido trasladando jueces con notorio desmejoramiento para éstos, valiéndose de un medio indirecto para destituir sin forma de proceso legal á los que por decoro se ven obligados á renunciar. Este proceder acusa una gravísima irregularidad, que redunda en desprestigio y menoscabo de la magistratura, tanto más si el trasladado se deja estar en el nuevo asiento, burlando el secreto objetivo de su separación definitiva, y dándose un motivo de des-

confianza á los litigantes y curiales que han de someterse á la ineptitud ó vicios, quizás, del nuevo Juez.

Considerando que los jueces si aceptan cargos declarados incompatibles por las leyes y la Constitución del Estado, con el que desempeñan, lo hacen en uso de su libertad y presumiblemente porque más les conviene; de ahí que las leyes resuelvan su cesantía en la judicatura, por esa sola circunstancia.

Art. 207—Las funciones de Juez penal se suspenderán:

1.° Por hallarse procesado por delito común.

2.° Por hallarse sometido el Juez á juicio de responsabilidad judicial.

3.° Por sentencia judicial que imponga al Juez la pena de suspensión.

4.° Por el permiso temporal concedido al Juez para dejar de ejercer sus funciones de tal, por enfermedad ú otro motivo justificado.

Conc.: art. 18 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Según el artículo 200 del Proyecto, los procesados por delito no pueden ser nombrados jueces. Por los mismos motivos del artículo expresado, el Juez que es reo, debe ser suspendido hasta que se confirme su culpabilidad ó su inocencia; en el primer caso para ser destituído; en el segundo, para volver al pleno ejercicio de sus funciones.

El hallarse sometido el Juez á *juicio de responsabilidad*, salvo el caso previsto en el número 6.° del artículo 1323 del Código de Procedimiento Civil de la República Oriental, no determinará la suspensión.

La pena de *suspensión de cargo ó empleo público inhabilita para su ejercicio durante el tiempo de la condena. La suspensión decretada durante el juicio, trae como consecuencia inmediata la privación de la mitad del sueldo al presunto reo, la cual se devolverá en el caso de pronunciarse sentencia absolutoria. La suspensión decretada por vía de pena, priva de todo sueldo al suspenso mientras ella dure.* (Artículo 44 del Código Penal de la República O. del Uruguay).

El Superior Tribunal de Justicia Pleno, haciendo uso de las prerrogativas de *Alta Corte*, en uso de la superintendencia general sobre todos los Juzgados y Tribunales de la República, es el único cuerpo con autoridad para conceder licencia á los jueces; cuya licencia debe recabarse por éstos, y serles otorgada para poder ausentarse de la lo-

calidad de su empleo ó para dejar de ejercerlo temporariamente, por justa causa. El permiso previo no es una condición tan indispensable que no le sea dado á los jueces ausentarse sin él de la localidad en días feriados ó por razón de urgencia que se justifique después á requisición del Excmo. Tribunal.

Art. 208—Los Jueces Letrados de lo penal no podrán inhibirse del conocimiento de las causas de su competencia, sino expresando por escrito los motivos de su impedimento.

Conc.: arts. 69 y 783 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Los jueces de lo penal no podrán inhibirse del conocimiento de los asuntos de su competencia sino por causa legal de impedimento ó de recusación (artículos 406 y 408) y por razones de decoro y delicadeza (artículo 413).

Aceptado el cargo de Juez, como cualquiera de carácter público, hay el deber de cumplir los deberes respectivos, salvo esos casos de excepción en los que la gravedad de la Administración de Justicia y la mayor pureza y lustre de la misma, imponen la abstención.

Al excusarse el Juez, debe expresar los motivos, para que el que haya de apreciar el valor de la excusa, la conozca. Este último es, en primer lugar, aquel á quien pasa el asunto por subrogación; tendrá derecho á devolver el expediente al Juez remitente si no halla bastante, como se requiere por la ley, la excusa alegada; porque no es justo que él cargue con un trabajo que corresponde á otro.

Art. 209—Dichos Jueces no serán promovidos ni trasladados sin su expreso consentimiento.

Véase lo dicho respecto del número 5.º del artículo 206.

Art. 210—Todas las diligencias que deban practicarse en diverso territorio jurisdiccional, ó fuera de la residencia del Juez que conoce de la causa, se harán por el Juez ó autoridad de aquel territorio fuera de esa residencia, competente según este Código y en virtud de despachos instruídos ó de exhortos con los insertos necesarios, según que la comisión se dé á un Juez ó autoridad de una categoría, menor, igual ó mayor á la del Juez comitente.

Conc.: 72 del Cód de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 211—Devuelto el sobrescrito al Juez comitente, se agregará á los autos y será suficiente prueba para la responsabilidad en que hubiese incurrido el Juez ó la autoridad comisionada, por falta ó retardo de cumplimiento.

Conc.: art. 74 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Quiere decir que si el Juez Letrado de lo Correccional necesita que un reo sea notificado de una sentencia definitiva, por ejemplo, en ocasión de residir en el Departamento de Canelones, si en Guadalupe, deberá exhortar al de mayor categoría, ó sea al Correccional-Penitenciario de esa localidad, á fin de que se sirva hacer cumplir esa diligencia por quien corresponda; si en alguna sección de campaña, deberá librar despacho al Juez de Paz del lugar. Si se trata de la prisión de un delincuente, puede el Juez de la causa hacerla ejecutar por intermedio del Juez de la residencia del que ha de ser preso, ó valiéndose directamente de la autoridad policial jurisdiccional, á cuyo efecto librará *despacho* ú *exhorto*, según la categoría del funcionario á que vaya dirigida.

Los oficios que los Tribunales Superiores dirigen á los Juzgados de lo penal y demás autoridades en la materia, se llaman *cartas acordadas*.

El hecho de dirigirse el Juez de la causa, por exhorto ó despacho á otro Juez, para que practique alguna diligencia, no importa *delegación* de jurisdicción; es una comisión que se da para la ejecución de un acto singular, pero sin renunciar el Juez comitente á la autoridad jurisdiccional que ejerce sobre el asunto principal; la *delegación* es la renuncia de oficio en determinado asunto para que conozca de él otro Juez; es contraria á la razón de orden público; no reposa en el principio de la soberanía popular, por la cual cada Juez no es propietario de la autoridad que inviste sino un simple representante del pueblo, encargado de aplicar la ley, por cuyo concepto no es dueño de enajenar lo que no le pertenece originariamente.

Art. 212—Los Jueces de lo penal pondrán media firma en los decretos de substanciación y en las sentencias interlocutorias, y firma entera en las sentencias definitivas.

Conc.: art. 75 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Bajo la denominación de *Jueces de lo penal*, se comprende á todos los magistrados, desde los Jueces de Paz hasta los miembros de los Tribunales Superiores encargados de juzgar por causa de delito ó falta.

El sistema por el cual los camaristas deben rubricar tan sólo los decretos de mero trámite, ofrece graves peligros, porque á más de ser fácil la falsificación y alteración de las rúbricas, éstas pueden tener rasgos tales de similitud que sea poco menos que imposible distinguirlas; es frecuente observar que muchas personas rubrican con los mismos rasgos. Por el contrario, la multiplicidad de caracteres manuscritos, multiplica las dificultades de la adulteración y falsificación. Optamos, pues, por desechar el uso de la rúbrica, que hasta ahora es práctica corriente y legítima en nuestros Tribunales ordinarios.

Art. 213—Los Jueces de lo penal celarán en sus dependientes y oficiales la puntual observancia de sus obligaciones; debiendo advertir y corregir cualquier defecto ó falta que encuentren en los expedientes de que conozcan, libros etc., haciéndolo constar en la providencia respectiva.

Conc.: art. 76 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 214—Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los Jueces de lo penal visitarán cuando menos una vez cada trimestre, las Oficinas del Juzgado y de sus respectivos Actuarios (Escribanos), examinarán los inventarios de expedientes, la existencia y estado de éstos, los libros respectivos, la caja, armarios, etc., pudiendo tomar de oficio las providencias de corrección que se harán constar por escrito, y que serán de apercibimiento, multa pecuniaria ó suspensión temporal, salvo delito.

Conc.: art. 77 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Estas disposiciones son de mera disciplina. Si cuando fuere pasado al despacho del Juez ó Tribunal un expediente, se notaré en él error en la foliatura, la omisión de una nota del Actuario, etc., el Juez providente deberá advertir de ello al mismo actuario en la providencia que dictare, para que salve el error, ó subsane la omisión, bajo apercibimiento ó bajo otra pena disciplinaria proporcionada á la importancia de la falta cometida.

Pero puede ser que en la oficina del Actuario, en expedientes que no hayan pasado al despacho del Juez ó Tribunal, en los archivos, en los libros, etc., haya irregularidades; por esto conviene que los Jueces vi-

siten asiduamente las oficinas respectivas, haciendo en ellas inspecciones minuciosas, adoptando las medidas de corrección y enmienda que consideren adecuadas; y si descubrieren delito, reunir los datos precisos para su comprobación, para someterlos con el inculpado al Juez de Instrucción competente.

Art. 215—Los Jueces de lo penal deberán remitir cada seis meses al Tribunal Superior, listas generales de las causas en que entiendan, con expresión de su estado.

Conc.: art. 78 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 216—El Superior, recibidas las listas de que habla el artículo anterior, hará formar un estado general.

En ese estado se omitirá el nombre de los individuos procesados y de sus acusadores ó de los querellantes particulares; pero se mencionará el sexo, la nacionalidad, edad, estado civil, profesión y religión de los primeros, así como si saben leer y escribir, cuáles son sus caracteres idiosincráticos, su temperamento, su intelectualidad, su moralidad general, sus antecedentes personales y de familia, etc.

Conc.: art. 79 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Estos dos artículos que anteceden, tienen dos objetos: uno, el *control* que ejercerá el Tribunal Superior sobre la marcha de las causas que tramitan en los Juzgados inferiores; otro la *estadística de delitos y faltas*.

Art. 217—De cualquiera causa deberán los Jueces de lo penal dar testimonio íntegro ó parcial, á costa de la parte que lo pida, siendo particular, y con citación de los demás interesados.

Si estos últimos pretendiesen, dentro de tercero día, alguna agregación ó anotación, conforme á lo que resulta de los autos, quedará suspensa la expedición del testimonio hasta tanto el Juez resuelva si debe ó no hacer lugar á la agregación ó anotación solicitada.

Tratándose de asuntos cuya reserva exija la decencia pública, sólo tendrá lugar la expedición de testimonio cuando así se ordene por Juez competente, para agregarlo á otra causa ó proceso.

Conc.: arts. 80 y 81 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Cuando alguna de las partes pida *testimonio* (ó copia autorizada) de un expediente ó de parte, el Juez debe mandar que se le expida *con citación* de los demás interesados en el juicio.

La citación es necesaria para que los citados puedan oponerse á la expedición del testimonio, si á ello tienen derecho, si es que siendo incompleto pudiere pararles perjuicio.

Supongamos que se pide testimonio de un poder cuya revocación consta en autos por escrito.

Como el pedido sería sospechoso de dolo, los interesados en que se sepa la revocación, tienen derecho á exigir que ese testimonio tenga agregado el de la revocación. Supongamos que se pide testimonio de los autos con excepción de lo que atañe á la prueba de una de las partes; en este caso, no puede menos que aparecer para ésta mal intencionada la solicitud; y por tanto, á fin de que no se le perjudique por el error en que puede ser inducido un tercero, algún Juez, quizás, tiene derecho á oponerse á la expedición de ese testimonio mientras no se incluya el de esa prueba.

El Actuario es el que debe expedir ó autorizar dicho documento; en su defecto, lo hará el Juez con testigos. Desde luego, no se expedirá testimonio sin antes hacer la citación correspondiente, y sin que transcurran tres días sin que haya oposición, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 243; á menos que se trate de diligencias de prueba, en cuyo supuesto el efecto de la citación se reducirá á la simple noticia á la contraparte, debiendo ejecutarse aquélla sin demora, salvo el caso de oposición inmediata, verbal ó escrita, según la naturaleza del juicio.

En ciertos asuntos, como ser los de adulterio, ultraje al pudor, violación, y otros, cuya reserva exige la decencia pública, sólo podrá tener lugar la expedición de testimonio para ser agregado á otra causa ó proceso. Sería inmoral consentir que las pruebas que denotan vicios privados que afectan el honor de la familia, anduvieran en manos de particulares y fueran piedra de escándalo. Esa prueba no debe salir de los estrados sino para volver á ellos.

Art. 218—Los Jueces de lo Penal, no concederán vista de los expedientes archivados, sino en la Oficina del archivo ó en la del Actuario, si aquél estuviere á cargo de éste.

Esos expedientes no se extraerán del archivo ni se unirán á otros sino por auto de Juez competente y declarada la necesidad de su exhibición ó de su agregación, con calidad de ser devueltos.

En tal caso se dejará constancia en el legajo respectivo con expresión del auto del Juez, su fecha y el objeto con que ha sido extraído el expediente.

Conc.: art. 82 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Estas disposiciones tienen por objeto la seguridad y conservación de expedientes en que reposan derechos comprobados y declarados por sentencia. Esta conservación y seguridad se obtiene rodeando á la saca de expedientes del archivo, su vista y también su agregación á otros expedientes, de formalidades rigurosas y por justificada necesidad.

El que quiera leer un expediente archivado, podrá hacerlo en la *Oficina del Archivo,* sin más que pedirlo al Actuario ó al Archivero.

Art. 219—Los Jueces de lo penal no dictarán providencia en día feriado, sin previa habilitación, por causa urgente, de oficio ó á petición de parte.

Será causa urgente para habilitar los días feriados, el riesgo manifiesto de quedar ilusoria una providencia judicial ó de frustrarse por la demora alguna diligencia importante al derecho de cualquiera de las partes.

Las ferias mayores durarán todo el mes de Diciembre.

La habilitación podrá pedirse y decretarse en el feriado.

En Montevideo serán Jueces de feria, por turno, un Juez de lo Correccional ó uno de lo Penitenciario, y uno de Instrucción. En los Departamentos de campaña, un Juez de lo Correccional-Penitenciario ó un Juez de Paz de la cabeza de cada Departamento, y un Juez de Instrucción del mismo lugar.

Conc.: art. 83 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Los días de feria son días de descanso necesario para el espíritu como para el cuerpo; son el tiempo durante el cual, salvo excepciones

de imperiosa urgencia, el ejercicio de la justicia queda suspendido en el interés de los litigantes: para volverles la calma, aunque sea transitoriamente, y permitirles volver sus vistas hacia sus tareas ú ocupacio nes ordinarias y reanudar sus afectos que la apremiante necesidad de defender sus derechos ha desviado de su objeto habitual, en el interés de los magistrados: porque les permite recobrar las fuerzas gastadas en el estudio prolongado é incesante de las causas.

El uso de las vacaciones judiciales, según Dalloz, es muy antiguo, en razón de que deriva de la necesidad.

El descanso dominical y el de otras fiestas, ha sido instituído por la Iglesia Católica, como una obligación.

El Señor, por ministerio de Moisés recomendó á los israelistas la observancia del Sábado, diciéndoles: *Mañana es el día de Sábado, cuyo descanso está consagrado al Señor.* (Exodo—Cap. *XVI.* v. 23). *Seis días trabajarás: el séptimo descansarás.* (Exodo—Cap. *XXIII,* v. 12).

La *feria mayor* aquí entre nosotros, desde que nos regimos por leyes propias ha durado un mes: desde el 25 de Diciembre al 25 de Enero. Nuestro Proyecto innova y fija otra época, determina que la feria mayor transcurrirá todo el mes de Diciembre; así la reapertura del nuevo período judicial se verificará con la apertura de cada nuevo año. Además, el mes de Diciembre: último de la *Primavera* es el mejor por su temperatura, por los dones y atractivos de la naturaleza, para solaz de las gentes del foro, que en la feria acostumbran ausentarse de las ciudades invadiendo nuestras hermosas campiñas.

En Francia y en España, las vacaciones duran dos meses; en Italia duran tres.

Para que la justicia no quede desatendida ni se frustre el fin de la feria mayor, se hace indispensable la existencia de los *Jueces de feria*' que serán por turnos: uno de los Jueces de lo Correccional ó de lo Penitenciario, y uno de Instrucción, en el Departamento de Montevideo; y uno de lo Correccional-Penitenciario, ó un Juez de Paz, y uno de Instrucción, en los otros de los Departamentos de la República.

Los Tribunales Superiores nombrarán por turno uno de sus miembros para que durante la feria provea de mero trámite y ejerza superintendencia sobre los Jueces de feria.

La habilitación de los días feriados y de feria mayor, puede pedirse y decretarse antes ó en ellos mismos, según el Proyecto. De manera que el silencio guardado hasta ahora por la legislación del país, sobre este tópico, quedará interrumpido por una disposición terminante que no dé lugar á dudas y que armonizará con la jurisprudencia práctica preestablecida.

Si no fuera de ese modo, ¿cómo podrían las partes, los mismos Jueces, aprovecharse del beneficio de la habilitación, cuando la causa que la motiva ha surgido en día inhábil? ¡Cómo! ¿habrían de ver impasibles que se frustra tal vez la única prueba, ó la más importante que tengan

para justificar, las primeras sus querellas, y los últimos el descubrimiento de la verdad, el verdadero si no el único fundamento de sus fallos?

Art. 220—Los Jueces de lo penal no podrán ser depositarios judiciales de cosa alguna.

Conc.: art. 85 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Los depositarios judiciales son empleados auxiliares, dependientes del Poder Judicial y en particular del Juzgado en cuya jurisdicción ejercen el cargo. Esta dependencia, y la diversidad de funciones y de responsabilidades de Juez y de depositario, hacen incompatibles ambos cargos.

Art. 221—Los Jueces de lo penal no podrán dejar de fallar á pretexto de silencio, obscuridad ó insuficiencia de las leyes.

Conc.: art. 15 del Cód. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 222—Cuando ocurra un asunto que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá á los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá á los principios generales de derecho y á las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.

Conc.: art.16 del Cód. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

La justicia es el primer deber de la sociedad; es para llenar este deber que se instituyen los *jueces*.

Como todo mandatario, los jueces deben cumplir su mandato, sin exceder sus límites. Deben terminar por un juzgamiento todas las diferencias que les fueren sometidas. Si se abstienen con el pretexto del *silencio, obscuridad* ó *insuficiencia* de la ley, su evasiva constituye una falta grave ó quizás un delito de denegación de justicia. De manera, que respecto de los jueces, la máxima: *en la duda abstente*, no tiene aplicación.

Cuando la ley es clara y formal, los jueces deben aplicarla sin desatender su tenor, aunque parezca poco razonable ó contraria á la equidad natural: DURA LEX, SED LEX. Un buen magistrado, dice Mourlon, humilla su razón frente á la de la ley; puesto que él ha sido nom-

brado para juzgar con arreglo á ella, y no para juzgarla. Nada está fuera de la ley, y es prevaricar eludir sus disposiciones so pretexto de que se resiste la equidad natural. En Jurisprudencia, agrega el citado autor, no hay ni puede haber razón más razonable, equidad más equitativa, que la razón ó la equidad de la ley. Desgraciadamente, esta regla no es bien comprendida en la práctica; se ve todos los días á los jueces tratar con vanas sutilezas las disposiciones de la ley y pervertirlas á fuerza de equidad. Nada más perjudicial en Jurisprudencia que esta manía de preferir á la regla siempre fija de la ley el prestigio engañoso de la equidad natural. Esta equidad resulta ser á veces el capricho por ley, la anarquía bajo la apariencia del orden, la auxiliar de los que por amor propio ó por interés ponen su razón por sobre de la legalidad. Todo el mundo habla de la equidad, pero nadie la define. Se ha dicho que es un fulgor de la razón que la naturaleza ha puesto en todos los espíritus.

Pero, sea lo que fuere; lo cierto es que no existe en todos en igual grado; es más ó menos vivo según los tiempos y los lugares, según la edad del hombre y la educación.

Cada uno comprende la equidad á su manera y por esto es precisamente, porque ella varía con el capricho y las pasiones, que el legislador siente la necesidad de fijar reglas á la conducta y al derecho humano, por medio de la ley escrita.

El legislador ha sido injusto al hacer la ley, se ha equivocado; pues bien, no es á los jueces á los que pertenece corregir el error. De otro modo, nuestras leyes serían letra muerta; nada estaría garantido; nuestros más sagrados derechos estarían comprometidos. El pueblo, afirma Mourlón, con su natural instinto, se apercibe de todo esto; y como ejemplo de sus prevenciones sobre la equidad, nos da este autor, el de la Saboya, cuando al ser conquistada por Francisco I, demandó como gracia especial á este monarca, *no ser juzgado según la equidad.*

Si la ley es obscura, el juez debe esforzarse en descubrir su sentido, recurriendo á las reglas de interpretación, á su intención ó espíritu, á la historia de su sanción.

Si la ley calla absolutamente, si no ha previsto, ni directa ni indirectamente, el caso que da lugar al proceso ¿qué partido hay que seguir? Al juez no le es permitido abstenerse, ya lo sabemos. ¿Cuál será su norte? ¿La equidad natural? Esto no puede ser en *materia penal;* puesto que en esta materia lo que no está prohibido ó castigado por la ley, concretamente, es lícito: los argumentos por analogía sólo pueden ser permitidos en materia procesal penal, pero no en materia penal, propiamente dicha, que es de estricta y rigurosa interpretación, como las leyes de excepción: EXCEPTIONES SUNT STRICTISSIMÆ INTERPRETATIONIS. No hay otras penas aplicables fuera de las pre determinadas por una ley positiva: NULLA PÆNA SINE LEGE.

¿Qué hará entonces, el Juez, si hay acusación por un hecho que la

ley no reputa delito y por consiguiente no ha creado pena contra él?— Deberá juzgar; no puede suspender su ministerio; pero, *su fallo deberá necesariamente ser favorable al acusado, que será absuelto*: NULLA PÆNA SINE LEGE.

Art. 223—Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, á pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se podrá para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir á su intención ó espíritu, claramente manifestado en ella misma ó en la historia fidedigna de su sanción.

Conc.: art. 17 del Cód. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 224—Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando la ley las defina, se han de tomar en el sentido de su definición legal.

Conc.: art 18 del Cód. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 225—Las palabras técnicas de toda ciencia ó arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia ó arte; á menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

Conc.: art. 19 del Cód. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 226—El contexto de la ley, servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Conc.: art. 20 del Cód. Civil de la República O. del Uruguay.

Enseña Taparelli, que es menester que las leyes tengan *claridad* en su expresión, á fin de que la inteligencia pueda comprender lo que el cuerpo ha de ejecutar. Esta condición es tan evidentemente necesaria, como evidente es que quien habla, lo hace con el fin de que se le entienda; y ciertamente sería de desear que la ciencia legal estuviera de tal modo al alcance de todo el pueblo, que por sí mismo pudiera éste

defender sus intereses propios ante los tribunales, sin recurrir á la incierta probidad de un extraño á quien no conoce. Pero la falta de esa claridad es consecuencia de la imperfectibilidad de las obras humanas. Ante ella ¿qué deben hacer los jueces?

Las reglas de *interpretación* que los artículos 223 á 226 prescriben, tienen por objeto determinar, con ayuda del raciocinio, el sentido exacto de las leyes *obscuras* ó *ambiguas*. Entre otras se contienen las siguientes:

Los legisladores buscan generalmente sus inspiraciones en las leyes antiguas, que estudian y procuran mejorar para adaptarlas al medio y á las costumbres de su país; conviene pues, que los jueces estudien esas primitivas fuentes y consulten á sus autores ó comentadores, principalmente á los primeros, si los han ilustrado con sus glosas.

Las circunstancias que han dado nacimiento á la ley, revelan su espíritu: luego, es útil conocerlas; la exposición de los motivos de una ley, las observaciones y discursos á que ha dado lugar en los momentos de su sanción, arrojan luz brillante sobre su alcance; luego, es también esencial el conocimiento de estos antecedentes, que con los anteriores constituyen la *historia fidedigna* de la sanción de esa ley.

Las leyes son un compuesto armónico, de manera que cada una de sus partes guarda relación con el todo; esto permite que las diversas disposiciones de que una ley se compone se interpreten las unas por las otras.

CAPÍTULO II

De los Actuarios

Artículo 227—Los Jueces en materia penal actuarán asistidos de Escribano Público, ó en su defecto, asistidos de dos testigos, so pena de nulidad del acto ó diligencia que celebren ante sí y por sí solos.

Art. 228—Se llama en particular Actuario ó Secretario, al Escribano especialmente destinado á autorizar las providencias de los Jueces y á practicar las diligencias que se le encomienden por éstos ó por la ley.

Conc.: art. 183 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 229—El Escribano Actuario de cada Juzgado será nombrado por el Superior Tribunal Pleno, á propuesta del Juez, y no de otro modo, de una terna que aquél presentará.

El Actuario podrá nombrar, con aprobación del Juez respectivo, otros Escribanos auxiliares con el carácter de adscriptos y de diligencias.

Conc.: arts. 184 y 185 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 230—En el desempeño de las funciones que tengan los adscriptos, estarán ligados á las mismas formalidades que los titulares; y la responsabilidad legal por el servicio y para con los particulares, será solidaria; sin perjuicio de la que tengan recíproca y personalmente los dichos Escribanos entre sí.

Conc.: art. 186 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 231—La remoción en el cargo de Actuario se hará por el Superior Tribunal Pleno, siempre que el Juez la requiera, ó de oficio, por justa causa.

La de los adscriptos, se hará por el Actuario, poniéndolo en conocimiento del Juez.

Conc.: art. 187 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Actuario es el Escribano ó Notario ante quien pasan los autos ó se instruyen los procesos; es el Oficial ó Secretario destinado á redactar y autorizar con su firma las diligencias y los autos de los procedimientos judiciales; en él está depositada la fe pública, más que en ningún otro Escribano, de ahí lo honorífico y respetable del cargo, si bien se mira. Razón tenían los griegos y siguen teniéndola los principales pueblos del mundo, para no admitir que lo ejercieran y ejerzan sino hombres distinguidos por su lealtad, su rectitud y su ciencia. Los romanos, no lo estimaron en todo así, en los primeros tiempos, porque basándose en una consideración económica, para que no erogase honorarios de actuación la redacción de los procesos, confirieron el encargo de llenar esta función á los esclavos pertenecientes al cuerpo de cada ciudad; hasta que los emperadores Arcadio y Honorio la impusieron como carga pública que debían desempeñar por turno y gratuitamente los ciudadanos,

y que llegando á ser demasiado gravosa hubo de darse, por fin, como plaza ó empleo. Las leyes españolas siempre han querido que se confiriese el oficio de Actuario, como el de Escribano en general, á hombres libres y de buena reputación.

Cuando vacare el cargo de Actuario titular de un Juzgado de lo penal, el Juez respectivo elevará al Superior Tribunal Pleno una terna de Escribanos que le merezcan confianza por su idoneidad, fidelidad y ciencia. El Superior optará por el que le parezca mejor de los tres. Éste durará en el puesto, tanto como su buena conducta, su buen desempeño y probidad. Por consiguiente, este cargo será inamovible. En la práctica, y por acordadas de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, los Actuarios actuales han venido siendo inamovibles, no obstante el texto claro del artículo 184 del Código de Procedimiento Civil, que los declaran amovibles.

La amovilidad, consiste por esta ley, en que cada Juez puede proponer á voluntad el nombramiento de su Actuario al Superior Tribunal Pleno, quien le nombrará, sin que obste el buen comportamiento del existente; precisamente, la calidad de amovible tiene de particular que en nada debe entrar este factor en la consideración del Juez, sino el arbitrio. Pero, el Excmo. Superior Tribunal Pleno, justamente ha reconocido la falta de equidad de semejante disposición y los inconvenientes que ofrece, entre los cuales no es el menor que difícilmente pueden encontrarse Escribanos idóneos y honrados que abandonen su modo profesional de vivir y se trasladen con sus familias á Departamentos lejanos, fuera del centro de sus recursos preestablecidos, á servir un puesto que se tornaría más inestimable que lo que la ley ha querido hacerlo.

Las funciones de todo Actuario son numerosas y complexas. Comunmente, cuando tramitan muchos asuntos en un mismo Juzgado, un solo Actuario no alcanza á llenar satisfactoriamente las apremiantes exigencias del empleo; por esto es que las leyes vienen autorizando de tiempo antiguo la institución de Actuarios ó Escribanos adscriptos y de diligencias, que los titulares pueden nombrar en número necesario, con aprobación del Juez, para que los auxilien, bajo responsabilidad solidaria respecto de los particulares y de la ley, y sin perjuicio de la que tengan recíprocamente dichos Escribanos entre sí.

Como el nombramiento de adscriptos es de circunstancias y lo hacen los Actuarios titulares, bajo su responsabilidad, de ahí que pueda hacerse su remoción por los mismos titulares, con simple noticia del Juez si bien convendrá que no se haga en perjuicio del mejor y más puntual servicio público.

Art. 232—Los Escribanos Actuarios deberán autorizar todas las sentencias, los decretos ó providencias del Juz-

gado que sirvan, y extender todas las deligencias judiciales en el papel sellado ó simple que corresponda.

Cuando se presenten escritos por personas que no sepan firmar, no los admitirán, sino en caso que ellas mismas los entreguen, asegurando estar firmados á su ruego, lo que sentarán por diligencia.

Conc.: art. 188 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 233—Todos los actuarios tendrán el deber de anotar bajo su firma, y sin gravamen de la parte interesada, en todo escrito, expediente ó pliego cerrado que se les presentare, la fecha de entrada; la omisión de este requisito será penada por el Juez ó Tribunal respectivo, con seis días de suspensión; y la reincidencia hasta por segunda vez, será causa de destitución.

Tendrán muy presente la Acordada del Superior Tribunal Pleno, de 7 de Noviembre de 1883, para cumplirla con regularidad.

Conc.: art. 189 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 234—El Actuario deberá anotar en los escritos y en los autos respectivamente, la fecha en que los pone al despacho del Juez; y por la omisión de este deber, incurrirá en las penas del artículo anterior.

Conc.: art. 190 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 235—Los Actuarios pondrán «proveído» en todas las providencias que dicten los Jueces ó Tribunales.

Conc.: art. 191 del Cód. de P. Civil de la Rep O. del Uruguay.

La autorización de las sentencias, decretos ó providencias de los Jueces, y también las constancias de las diligencias que practicaren, las extenderán los Actuarios en papel sellado, ó en papel simple, como corresponda con arreglo á la ley de timbres y papel sellado. Esta ley no debe en nuestro concepto, obligar á la parte del reo, en causa que

se siga de oficio, á proveer de sellado para diligencias ni á peticionar en él mientras el juicio no fuese terminado condenatoriamente. La defensa en tal caso, á fuer de obligatoria tiene que ser amplia y fácil; la exigencia del sellado es una traba. La defensa y la acusación deben gozar de iguales prerrogativas, y no las tendría, respecto del acusador público, el procesado que en tanto que aquél ataca sin erogaciones, tiene que hacerlas, y crecidas, para contrarrestar el ataque; el acusado y el Ministerio Público, en el ejercicio de sus derechos, deberán estar sobre un pie de igualdad. Además, la calidad de reo no denota, por sí sola, culpabilidad; suceder puede que el inculpado resulte absuelto, y entonces tendremos quizás, que al lado del daño inferido con la retención y prisión sufrida, se le habría impuesto el sacrificio de su peculio, reagravando su condición de ente social y de familia, para que se defendiera de una imputación injusta; y esto es más inicuo allí donde el Ministerio Público no está obligado á indemnizar al reo absuelto que aparece doblemente víctima de la supremacia legal de la sociedad sobre su individuo que es tan sagrado como ésta, por naturaleza.

Tratándose de la defensa en causa que se siga á querella privada lo justo será que el reo goce los mismos beneficios del querellante acerca del modo cómo ha de hacer valer sus derechos. En este supuesto, como en el anterior, el Estado tendrá tiempo para el reintegro de sellado y timbre, que hoy por hoy es la gabela más odiosa de todas, es un impuesto formidable, el más formidable y personal, tan luego aplicado con ocasión de satisfacerse la función más noble, grande y necesaria del Estado. Ese reintegro lo hará el culpable, el convicto de delito ó falta, como una pena, como una consecuencia legítima de sus agravios, y no como una compensación de servicios que es el carácter peculiar de los impuestos.

El papel simple que se use en las actuaciones, debe ser de formato igual al del sellado, para que las piezas que se formen con el conjunto sean simétricas y portátiles y para que el Fisco no sea defraudado en el cómputo de fojas de sellado que corresponda reponer. Por esto es necesario que el número de líneas de uno y otro papel sea idéntico como la extensión y el margen.

Es contrario á la equidad y á los verdaderos fines de la actuación en sellado, que los Actuarios y sus dependientes dejen renglones en blanco ó escriban con grandes y desparramados caracteres; debe cuidarse un poco por la economía de los litigantes, para no perjudicarles con el gasto excesivo é inútil de sellado.

Los escritos que presenten las partes deben ser firmados por ellas; esto es obvio, salvo que no supieren ó no pudieren firmar y alguien firmase á su ruego; en este último caso, á los efectos de la autenticidad, y para que quede constancia de la conformidad de la parte en el escrito y con el *ruego*, el Actuario los recibirá asentando á su pie las circunstancias expresadas, que ratificará el interesado.

La anotación de la fecha de entrada de escritos, expedientes y pliegos que se presentaren al Juzgado, es de estricto rigor, por la importancia de los términos judiciales, por ser fatales muchos de ellos, y por los derechos que surgen de la expresada presentación.

Los términos judiciales están marcados en utilidad de las partes y para la más rápida consecución de los fines del derecho procesal; los Jueces no pueden tomarse un tiempo discrecional para resolver ó proveer los distintos asuntos de su incumbencia; ejerciendo como ejercen un oficio en nombre de la sociedad y en el interés de la misma, sería absurdo no sujetarles á responsabilidad por el abandono y negligencia de que se hicieren notables; pero toda sanción sería imposible ó arbitraria, si la ley no determinase de antemano los términos dentro de los cuales han de expedirse y por consiguiente, no tuviese el buen tino de hacer constar formalmente el instante en que el Juez debe empezar á conocer de un escrito ó en autos para dictar resolución.

Cualquiera que sea ésta, el Actuario debe dar fe de su autenticidad y verdadero origen para que las partes no caigan en error ó sean víctimas de falsedad; pondrán el *proveído*.

Art. 236—Ninguna diligencia judicial se ejecutará en el plenario, antes de la salida del Sol ni después de su ocaso, ni tampoco en los días festivos, sino con expreso mandato del Juez en caso de urgencia. Las Oficinas de los Escribanos Actuarios estarán abiertas desde las ocho de la mañana hasta el momento de ponerse el Sol.

Conc.: art. 192 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Las horas de la noche y los días feriados están consagrados al descanso y á la despreocupación de los negocios. Conviene al orden público una tregua legal para las animosidades propias de las cuestiones contenciosas. Esta circunstancia haría caer en sorpresa á muchos litigantes si los Actuarios ó los mismos Jueces hiciesen diligencia sin previa habilitación de horas por motivo de urgencia en día de fiesta ó de vacancia, fuera de las horas señaladas por la Divina Providencia para la acción y el trabajo.

Las oficinas de cada Juzgado han de estar abiertas al servicio en los días hábiles, el mayor tiempo posible. Nos parece conforme con esta exigencia, que es mayor naturalmente en la judicatura penal que en lo civil, que los Juzgados estén abiertos desde las ocho de la mañana hasta la entrada del sol; aquí nos referimos á los Juzgados con jurisdicción plenaria, pues que los de Instrucción deben sujetarse á otro régimen, como hemos visto al tratar de ellos.

Las actuaciones judiciales han de practicarse en días y en horas hábiles, bajo pena de nulidad. Son días hábiles todos los del año, menos los domingos, las fiestas religiosas y civiles en que esté mandado por ley ó se mandare que vaquen los tribunales. Así está establecido en la generalidad de los pueblos.

En todos tiempos, recuerda el erudito Caravantes, se ha considerado el séptimo día de la semana como un día destinado al descanso. Aristóbulo, filósofo peripatético, cita muchos pasajes de diversos autores, especialmente de Hesiodo y de Homero, que señalan este día como santo para todo el Universo. Los Indios, los Persas, los Caldeos, los Ejipcios, los Peruvianos, lo tenían en veneración. Teófilo, Obispo de Antioquía, escribía en el segundo siglo cristiano, que todas las naciones celebraban ese día. Sin embargo, no siempre se fijó el reposo en él; los Griegos solieron fijarlo el octavo, así como los antiguos Romanos. Éstos, hasta el tiempo de los Emperadores cristianos, no consagraron al descanso el séptimo día de la semana, sustituído por la Iglesia al antiguo sábado de los judíos, en honor de la Resurrección.

Uno de los primeros cuidados de Constantino fué prohibir á los tribunales administrar justicia el día *domingo*. Teodosio permitió emancipar y manumitir en el *domingo;* pero mandó vacar en los demás asuntos y en las contestaciones judiciales en dicho día, así como en los siete que seguían ó precedían á Pascuas, Natividad y Epifanía. También prohibieron los Romanos citar á juicio en tiempo de vendimia y de siega, excepto en los casos de urgencia ó peligro, y para el nombramiento de tutores ó curadores.

Los días en que vacaren los tribunales, fuere por ser festivos ó fuere por tregua, se llaman *feriados;* pero que, por su objeto ó su causa se dividen en *sagrados* y *profanos*, según sean ó no consagrados á la divinidad y su culto.

Para constatar las horas hábiles de cada día judicial, hay que atenerse á las observaciones astronómicas consignadas en los almanaques ó periódicos oficiales del gobierno, en el lugar del juicio; por lo que no se dará ocasión á dudas en mérito de circunstancias accidentales ó locales, de hallarse ó no nublada la atmósfera, ó el horizonte más ó menos elevado ó accidentado.

La prohibición de practicar diligencias judiciales en día feriado si no es por causa de urgencia, es absoluta, porque se basa en que las ferias responden á un precepto religioso que no puede dejar de observarse sin el acuerdo de las potestades eclesiástica y civil, ó responden á una razón simple de orden público. Y desde luego, las ferias son irrenunciables por las partes y lo han sido por derecho antiguo, como prescribía la ley 64, tít. 2, Part. 3, cuando establecía que si alguna cosa fuese demandada ó librada en tales días, no sería valedero *lo que ficiesen*, MAGÜER FUERE FECHO CON PLACER DE AMAS PARTES.

Pero, ¿cuáles son esos casos de urgencia que justificarían la habili-

tación de horas y del feriado? Difícil si no imposible, sería enumerarlos en las leyes. Ordinariamente su determinación se libra al buen criterio de los Jueces. Sin embargo es de recomendarles que tomen como urgentes todas aquellas cuestiones que más de cerca y directamente afectan la libertad personal de los procesados, como serían las de *excarcelación provisional* y el éxito del enjuiciamiento.

Art 237—Toda providencia que tenga por objeto garantir el resultado del juicio, ordenando embargo. interdicción ó cualquiera otra medida análoga, se cumplirá inmediatamente de haber sido dictada, sin notificarse á la parte á quien perjudica, hasta después de su cumplimiento.

También se cumplirán, sin perjuicio del recurso de reposición, inmediatamente después de ser notificadas, las providencias mere-interlocutorias.

Tratándose de sentencias interlocutorias y definitivas, no se cumplirán hasta pasado el término legal para apelar; á no ser que los interesados manifiesten por escrito que no apelarán de ellas.

Si la sentencia interlocutoria ó definitiva fuese de tercera instancia ó de segunda confirmatoria de la de primera, el Actuario devolverá la causa inmediatamente después de pronunciada aquélla y notificada á las partes, no obstante cualquiera recurso que se pretenda deducir.

Conc.: art. 197 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Para que no se frustren los efectos de las diligencias que se mencionan en la primera parte de este artículo, debido á la interposición ó al dolo ú ocultación procuradas por la persona á quien perjudican, es que en tales casos los Actuarios no deben notificar las providencias respectivas á esa parte antes de su ejecución.

Las sentencias de mero trámite, porque no causan gravamen irreparable á las partes, pueden cumplirse sin previa notificación, para ganar tiempo, quedando á las partes el recurso de reposición, si les conviniere.

Ejecutoriadas las sentencias interlocutorias y definitivas, deben cumplirse, no obstante el recurso que la ley autoriza contra ellas; y para ello se notificarán á las partes, apenas sean dictadas, y en su caso, se devolverá acto continuo el expediente, al Juzgado de 1.ª instancia.

Art. 238—Los testimonios que los Escribanos diesen de instrumentos ó expedientes, los concertarán con los registros originales en presencia de las partes, si quisie r en co currir á este acto.

Conc: art. 198 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Las partes en un juicio, pueden ó no según quieran, presenciar el acto de concertar los testimonios que los Escribanos Actuarios dieren de instrumento ó expedientes; porque están interesadas en la concordancia perfecta entre esa copia y su original.

Art. 239—Todo Escribano Actuario de la judicatura penal, deberá llevar los siguientes libros:

1.° Uno en que anotarán los expedientes que pasen á los Fiscales, Defensores, Jueces superiores ó inferiores, que tramitan por su Oficina, haciéndose dar recibo en los casos en que fuere de darse de dichos expedientes. Dichos recibos serán inutilizados por el Actuario con la nota de *devueltos* con ó sin escrito, en presencia del que los devuelve, y estableciendo la fecha en que se verifique.

2.° Otro donde copiará las providencias de substanciación y sentencias interlocutorias y definitivas de los expedientes que giren por su Oficina.

3.° Uno de oficios, en que asentará en extracto, por el orden de sus fechas y convenientemente numerados, todos los exhortos, despachos ú oficios que se dirijan á cualquier autoridad, de dentro ó fuera de la República y que tengan por objeto la práctica de alguna diligencia judicial.

4.° Un libro de entradas, en el que anotará todos los asuntos que entren al Juzgado, por el orden de sus fechas, haciendo constar el nombre, apellido y do-

micilio de los interesados, así como la materia de juicio.

5.° Otro libro de embargos, depósitos é interdicciones.

6.° Un libro en el que se asentarán por orden de fechas, las cantidades que el Juzgado reciba para entregar á la Tesorería General ó á donde la ley determine en ciertos casos, procedentes de las firmas de los Jueces y multas que se impongan penal ó disciplinariamente.

Los Actuarios del Supremo Tribunal Pleno llevarán un libro de acuerdos.

Conc.: art. 199 y 200 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 240—Todos esos libros serán rubricados en cada una de sus fojas por el Juez ó Ministro semanero y el Actuario, quienes, además, pondrán nota al principio y fin de cada uno de ellos del número de fojas que contenga, formando á la conclusión el correspondiente índice.

Conc.: art. 201 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Los libros enumerados en el artículo 239 y el índice que manda formar el artículo 245, son los que indispensablemente deben tener los Juzgados y Tribunales de lo penal; los que además pueden tener otros para facilitar el mecanismo de los autos en las Oficinas del Actuario y en las de los archivos.

La rúbrica del Juez ó Ministro semanero y del Actuario (ó Secretario) que debe llevar cada uno de los enumerados en el artículo 239 así como las notas que el artículo 240 prescribe, son requisitos de simple garantía, para identificar dichos libros y hacer imposible ó de fácil comprobación todo extravío ó toda adulteración de los mismos.

Art. 241—Los Actuarios deberán también poner nota autorizada que diga: *corresponde* en cada hoja de papel sellado que se invierta en los documentos, escritos y actuaciones de los expedientes.

Cuando se haya de actuar en papel sellado, no suspenderán el curso de las causas por falta de éste, en cuyo caso actuarán en papel común con la cláusula: *para reponerse*, que pondrán al margen; y en la planilla de costas se cargará á las partes el importe del papel que deba reponerse é inutilizándolo con las palabras *repuesto por el que corresponde en los autos seguidos contra N. N. por N. N.*, en el centro de cada foja y con la rúbrica del Escribano Actuario se agregará al expediente.

Conc.: arts. 202 y 203 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 242.—La reposición del sellado en los expedientes en que corresponda, se hará sólo con relación al valor que representen las fojas que deben ser repuestas, y empleando el menor número de sellos posible.

El papel común que se use en las actuaciones para ser repuesto, deberá ser necesariamente de iguales dimensiones y calidad al sellado que se emplee en dichos expedientes, y se exigirá en todos los casos en que sea permitido presentarse en papel común, no debiendo el Actuario recibir escrito alguno en otra clase de papel.

Tampoco admitirán á los litigantes en general los escritos que no puedan leerse correctamente, los que contengan enmendaturas, entrerrenglonaduras ó testaduras no salvadas en forma, ó que en el margen del papel se separen de la costumbre hasta aquí seguida.

Estas disposiciones son aplicables á las copias.

Conc.: art. 204 y 205 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

El uso de sellado es una forma de impuesto que la ley establece; y para que las partes no sean expoliadas en el sentido de obligárseles á la presentación de mayor número de fojas ó de un valor representativo de las mismas mayor que el que la ley determina, ó en el caso contrario, á fin de que las partes no defrauden al Fisco con faltas de sellado

por todo eso es que el Actuario, debe poner el *corresponde*, en cada foja de sellado que se invierta en los documentos, escritos y actuaciones de los expedientes, quedando responsable penal ó disciplinariamente de todo exceso al respecto, como del defecto que hubiere.

Remitimos la atención del lector á los comentarios del artículo 232.

Art. 243—Siempre que se ordene algo con citación, el Actuario deberá suspender el cumplimiento de lo ordenado hasta que hayan pasado tres días después de la notificación hecha á la parte que deba ser citada.

Sólo pasado este término sin haberse deducido oposición, se dará cumplimiento á lo ordenado. Pero tratándose de diligencias de prueba, el efecto de la citación se reducirá á la simple noticia á la contraparte, debiendo ejecutarse aquéllas sin demora, salvo el caso de oposición inmediata, verbal ó escrita, según la naturaleza del juicio.

Conc.: art. 206 del Cód. de P. Civil de Rep. O. del Uruguay.

El objeto de la citación es que la parte citada se entere de lo ordenado y pueda en un tiempo que la ley reputa prudencial, manifestar su conformidad tácita ó expresamente, ó su disconformidad expresa la conformidad se manifestará tácitamente por el solo hecho de silenciar ó no oponerse la parte en tiempo. Mientras dure el incidente de oposición ó mientras no transcurran los tres días señalados sin haberse deducido, el cumplimiento de lo ordenado quedará en suspenso. Los términos de prueba son fatales; hay que ganar tiempo en ellos y proceder con toda brevedad; esto justifica la excepción que hace el segundo párrafo del artículo que comentamos; las diligencias de prueba, deben practicarse sin demora, salvo el caso de oposición inmediata, verbal ó escrita, según la naturaleza del juicio; entonces, el efecto de la citación se reduce á la simple noticia á la contraparte.

Art. 244—A falta de Escribano, el Juez hará autorizar sus autos por dos testigos.

Siempre que por no haber Escribano, el Juez practicare actuaciones ó diligencias que incumben al Escribano, sea en la causa que conozca ó en la diligencia que se le cometa,

las autorizará con su sola firma si la ley no requiere la concurrencia de testigos.

Conc.: arts. 207 y 208 del Cód de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 245—Todos los Actuarios custodiarán los papeles de sus respectivas Oficinas, formando un índice alfabético clasificado y circunstanciado.

Conc.: art. 219 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Veáse el comentario al artículo 239.

Art. 246—Solamente el Actuario de cada Juzgado ó sus Auxiliares Escribanos podrán poner cargo á los escritos que presenten las partes, relativamente á los asuntos que tramiten por su oficina.

Conc.: art. 220 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Poner cargo á los escritos que las partes presenten, es un acto trascendentalísimo, y debe confiarse únicamente á los Escribanos de cada Juzgado ó Tribunal, si no es el Juez que en su defecto lo pone, por su elevada calidad de depositario de la fe pública.

Art. 247—Es incompatible el cargo de Actuario con el ejercicio simultáneo del oficio de Juez, Alguacil, Abogado y Procurador; pudiendo, sin embargo, desempeñar cualquiera de estos dos últimos, ó ambos, en asunto personal ó de su familia, ó parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en cualquier otro Juzgado.

Conc.: art. 222 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 248—Es igualmente incompatible el cargo de Actuario con el ejercicio simultáneo del de Senador, Representante ú otro empleo público.

Conc.: art. 223 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Estas incompatibilidades provienen de que los actuarios deben una absoluta dedicación á su cargo que es de confianza, y un culto jamás

interrumpido á la imparcialidad en el manejo de los asuntos del Juzgado en que ofician. Semejantes condiciones serían un mito si los Actuarios fuesen Procuradores ó Abogados en esos asuntos ó en otros de otros Juzgados, á menos que los de estos últimos les sean personalísimos, para los que la ley debe hacer excepción, y no imponerles el sacrificio de un derecho natural.

Como empleados del Poder Judicial, deben ser independientes de cualquier otro Poder; y para que en ellos sean efectivas las responsabilidades del cargo, no han de gozar fuero; todo lo cual explica los fundamentos de la incompatibilidad que hay entre ser Actuario y Senador ó Diputado, y tener empleo del Poder Ejecutivo, aunque sea municipal, con ó sin sueldo.

Art. 249—Los Escribanos Actuarios no podrán:

1.° Constituirse fiadores, ni ser depositarios en los asuntos en que intervengan.

2.° Hacer pactos ó igualas, ni estimar arbitrariamente su trabajo en las causas.

El arancel vigente, reducido á la mitad, será la única regla á que deberán sujetarse, ó al sueldo, si se les asigna por Presupuesto G. de la Nación.

Conc.: art. 224 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

¡Las costas! He aquí la rémora de la justicia, la pesadilla horrible de los que tienen que litigar en nuestro país. Hace tiempo, diremos con el distinguido Escribano don Solano A. Riestra, que más por competente es por ser Escribano una autoridad en la materia, mucho tiempo que la Curia, los litigantes y una parte de la judicatura, digámoslo en honor de algunos Jueces, claman con grito herido por un remedio á mal tan crónico é inveterado y que tan graves consecuencias produce, al extremo de que se ha convertido en una verdad casi inconcusa el dicho muy generalizado de que *en esta tierra la justicia no se obtiene sino á peso de oro.*

Tal es la desproporción, la monstruosidad irritante de las planillas de costas, verdadero terror de todos los que, de grado ó por fuerza, tienen que acudir á los tribunales.

El arancel de costas vigente es una ley antiquísima incompatible ya con nuestros progresos jurídicos y de legislación, y aparte de esto que de por sí es un notable inconveniente, es de difícil aplicabilidad, abre

muchas puertas á las interpretaciones caprichosas, al punto que es corriente que en varios Juzgados de la República se cobra *por arancel* diferentemente sumas de dinero por diligencias ó actuaciones de una misma especie. Quizás no fuera mucho aventurar si afirmamos que en toda la República no hay *dos aranceles* iguales.

¿Quiérese algo más arbitrario, más contrario á la equidad, á la misma justicia?

Tampoco es justo ni equitativo que asuntos de poca monta cuesten tanto por su tramitación como los de mayor cuantía. El gasto debe ser proporcional al interés que se persigue. En materia civil los litigios de menor cuantía, están actualmente casi por completo ahuyentados de nuestros Juzgados, con grave detrimento de intereses materiales y morales del país, porque, como lo ha dicho otro Escribano nacional, el señor Carlos E. Barros, con toda exactitud, *las costas absorben el objeto litigioso.*

A estas odiosas particularidades de nuestro sistema judiciario, nada positivo se ha opuesto por las autoridades encargadas de hacerlo: apenas un proyecto de *arancel de costas* ha sido formulado sobre bases más módicas y equitativas por el Camarista doctor Piera, comisionado al efecto por el Excmo. Superior Tribunal, cuyo trabajo recomendable por su laboriosidad y otros conceptos, duerme el sueño del olvido, como duerme toda iniciativa brillante y humana en los pueblos musulmanes.

¡Las costas! Son un fantasma de aspecto siniestro, con fauces de hiena, que se yergue en los portales del Templo de la Justicia, cerrando el paso hacia el trono augusto de la ley.

Innumerables son las sucesiones que no se liquidan, las transacciones sujetas á intervención judicial, que no se realizan; innumerables son las víctimas de la malevolencia humana que no se animan á pedir el castigo, la reparación del daño del malhechor, por miedo á ese fantasma cruel, insaciable.

Y después de esto ¿por qué se clama contra los que se hacen justicia por sus propias manos? ¿Con qué derecho se hacen leyes que truecan en delito la defensa del hombre por el hombre, el ejercicio individual, por así decirlo, de la justicia, en una sociedad que no la satisface sino á precio de incalculables sacrificios?

Pero, ¿qué decimos la sociedad? No es del todo exacta esa expresión; los únicos que ganan derechos de actuación, haciendo caso omiso del derecho de firma de los jueces, son los Actuarios, que es notorio liquidan anualmente un haber diez ó más veces mayor, en tiempos normales, que los jueces. Luego, pues, la retribución de su trabajo es sobradamente superior á la de los jueces, siendo su dignidad menor, su responsabilidad menor, su ciencia menor, su labor intelectual menor: ¡lo que es un colmo de aberraciones!

¿Por qué los jueces, con ser lo que son, mucho más cosa que los

Actuarios, están sujetos á un sueldo, ¡triste sueldo!, y estos otros disfrutan de pingües rentas, y lo que es más, de rentas muchas veces arbitrarias? ¿Podría acaso, en otro supuesto, resentirse el curso regular de los asuntos en las oficinas actuarias por falta de estímulo? No nos parece, si como debe ser, se hacen efectivas las responsabilidades de la ley sobre los Actuarios omisos y negligentes. ¿Cómo es que no se hace tal objeción respecto de los jueces? ¿Cumplen éstos ó no cumplen con el deber de despachar regularmente los asuntos de su competencia?

A la inversa, ¿quién no ve que el sistema de las costas de actuaciones tiene el privilegio de interesar desigualmente á los Actuarios en el trámite de asuntos que les ofrezcan diversas probabilidades de lucro? No es un misterio que por regla general los litigios de pobres ó que ventilan las partes con auxiliatoria de pobreza, son atendidos con indiferencia por los Actuarios y sus subalternos, en cambio de desplegar estos funcionarios gran actividad en asuntos de índole gananciosa.

La justicia se administra á la par que en nombre de los intereses privados de los litigantes, en nombre de los intereses permanentes de la colectividad: el bien público, el orden social, reposan en el bien particular, en la tranquilidad individual.

Con la justicia que se hace á un individuo sale ganando el pueblo entero; y así como no es razonable que costee el pueblo solo los beneficios que reporte conjuntamente el individuo, tampoco lo es que costee solo éste último los beneficios que reporte aquél.

El que más beneficio directo logre de la administración judicial, ese deberá mayor compensación al Estado que se lo depara; y la forma de compensación debe ser directa del particular al Estado, y no puede ser de otra especie que un impuesto.

De todo lo dicho se deduce, que en nuestro modo de pensar, los jueces y demás funcionarios del Poder Judicial deben ser pagos á sueldo, por Presupuesto, con las rentas generales, á las cuales sería aplicado un pequeño impuesto de diligencias, que deberían pagar los litigantes en proporción de la importancia de los asuntos, salvo que fuesen pobres declarados y mientras no se hiciesen ricos.

Art. 250—Los Actuarios darán cuenta puntualmente al Juez, de las causas paralizadas; conceptuándose tales las que no tramitan sin razón alguna durante tres meses.

Por la omisión en que al respecto incurran, serán penados con multa de 50 pesos, suspensión ó destitución, según la gravedad del caso.

Esta disposición es concordante con la que impone á los Actuarios la obligación de velar por la buena marcha de los asuntos en que intervienen. Éstos, á menos que estén en el despacho de Juez para sentencia ó la toma de algunas declaraciones, etc., deben estar en la oficina actuaria para el cumplimiento de diligencias y á disposición de las partes; y nadie más apto por las circunstancias del cargo y de lugar, que el Actuario, para reparar en las paralizaciones inmotivadas ocurrentes; de las que ha de advertir al Juez, quien proveerá lo que al estado de la causa corresponda.

Art. 251—Fuera de los actos y diligencias judiciales que el Actuario autorice conforme á las leyes, su atestación no tendrá más valor que la de cualquiera otra persona.

Conc.: art. 226 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Las actas y diligencias judiciales tienen valor en tanto se efectúan con los requisitos ó solemnidades que la ley prescribe, que son de orden público.

Art. 252—Siempre que en este Código no se encuentre sanción especial para las faltas de los Actuarios, sus auxiliares y dependientes, serán corregidos disciplinariamente por cualquier omisión ó falta en que incurrieren, con apercibimiento, multa, suspensión y destitución, según el arbitrio del Juez ó Tribunal y las circunstancias del hecho, salvo la acción de daños y perjuicios en favor del damnificado.

Conc.: art. 227 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

CAPÍTULO III

De los Alguaciles

Artículo 253—Alguacil es un oficial público destinado por la ley á servir á los Tribunales y Juzgados en la Administración de Justicia.

Conc.: art. 228 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 254—El nombramiento de Alguacil, en la jurisdicción penal, se verificará en la forma del de los Actuarios.

Para ser Alguacil se requiere ser mayor de veintiún años, saber leer y escribir y ser de buenas costumbres.

El alguacilazgo tiene las mismas incompatibilidades que el cargo de Actuario.

Conc.: arts. 229 y 230 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 255—Las obligaciones de los Alguaciles son:

1.° Ejecutar con puntualidad y exactitud los mandamientos de los Jueces, que les entreguen los Escribanos Actuarios ó las mismas partes.
2.° Hacer en la misma forma las citaciones, emplazamientos y demás diligencias que les encomienden los Jueces ó Tribunales.
3.° Prender á los delincuentes en los casos de delito ó falta infraganti, que deban perseguirse y castigarse de oficio.

Conc.: art. 231 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Los Aguaciles son ministros inferiores de justicia que sirven para ejecutar las órdenes de los Jueces, como decretos de prisión, citación emplazamiento y otras diligencias.

En España y sus colonias, donde excepcionalmente los Alguaciles han gozado de consideraciones, usaban como insignia una vara delgada, que por lo regular era de junco. De todos los cargos de orden judiciario, el que ejercen es uno de los más odiosos por su carácter ejecutivo. Es tal vez por esta circunstancia que en Roma antigua, siendo conocidos con el nombre de *apparitores*, eran mirados con tal desprecio que, cuéntase que para castigar á una ciudad que se había rebelado, la condenó el Senado á dar anualmente cierto número de sus habitantes que sirviesen de Alguaciles en los tribunales.

Estos funcionarios deben ser mayores de 21 años de edad, saber leer y escribir y tener buenas costumbres La ley 20, tít. 9, Part. 2, estatuía que debían ser de buen linaje, entendidos, sabios, leales, sigilosos y esforzados, y saber leer y escribir, para no tener necesidad de ponerse en manos de quien revele las cosas que deben reservar.

El nombramiento de los Alguaciles de Juzgados se hará por el Tribunal Superior Pleno, de una terna propuesta por los Jueces ó Salas, en su caso.

Art. 256—El Alguacil encargado de practicar cualquier diligencia que se le cometa, deberá efectuarla, no obstante cualquiera alegación de las partes; y si para ello fuese necesario el auxilio de la fuerza pública, deberá solicitarlo inmediatamente de la autoridad policial, sin necesidad de mandato de Juez.

Conc.: art. 232 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 257—El Alguacil encargado de sacar los autos, lo hará precisamente á la primera requisición, sin admitir excusa alguna; y si no se los quisiesen entregar, conducirá en arresto al requerido hasta que lo verifique, valiéndose, si necesario fuese, del auxilio de la fuerza pública, como en el artículo anterior se establece.

Conc.: art. 233 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Los Alguaciles son meros ejecutores; no pueden ni deben entrar á juzgar de la legalidad de los mandatos judiciales, no obstante cualesquiera alegaciones de las partes. Sus medios de acción han de ser coercitivos Deben contar con el auxilio de la fuerza pública, cuando fuere preciso y lo requieran; bastándoles al efecto dirigirse por escrito á la autoridad policial más inmediata, ó de milicias en defecto de aquélla, sin necesidad de mandato especial del Juez ó Tribunal, cuyo trámite dilataría inútilmente el cumplimiento de lo que se ha de ejecutar.

Art. 258—Los Alguaciles no pueden, en caso alguno, exigir otra compensación que la que les asigna el Presupuesto ó el Arancel, ni tampoco pueden pretender que esa compensación se les abone en otra época que la fijada por la ley para el abono de la planilla de costas, bajo las penas establecidas en el artículo 263, según la importancia del caso. Los gastos indispensables al cumplimiento de su cometido,

serán de cuenta del interesado si la causa se sigue á querella privada.

Conc.: art. 234 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

La compensación á los servicios de los Alguaciles se prescribirá por tasa ó arancel ó por la ley de presupuesto. Sobre este tópico puede consultarse el comentario que se refiere á la compensación que conviene á los servicios de los Actuarios.

Los gastos indispensables al cumplimiento de su cometido, como ser el de transporte y hospedaje, serán de cuenta del interesado. si la causa en que tiene lugar se sigue á querella privada. Dicha parte deberá, en consecuencia, proveer de lo necesario á ese respecto al Alguacil. Para cuando se siguen de oficio las causas, el Estado deberá poner á disposición de los Tribunales y Jueces, pequeñas sumas con calidad de eventuales, para atender oportunamente á esas erogaciones, sin perjuicio de los reembolsos á que haya lugar si los procesados no fuesen absueltos, pues en este supuesto serán de su cargo esos gastos y las costas causadas en el juicio respectivo.

Si los Alguaciles incurrieren en la grave falta de exigir ó cobrar antes de tiempo la remuneración de sus servicios, serán castigados con apercibimiento, multa hasta treinta pesos, ó suspensión hasta un mes, ó destitución. La ley 16, título 30, Libro 4.º de la Novísima Recopilación, estatuía que en las comisiones civiles ó criminales para que fuesen nombrados, no debían detenerse más tiempo que el que se les hubiese prefijado, ni aún emplearlo todo sin necesidad, bajo la pena de restituir á la parte los derechos ó salarios que percibieren por el tiempo de su detención voluntaria; y si llevaran varias comisiones, no habían de tomar por todas, más que un salario, repartiéndolo á prorrata entre ellas, bajo la pena de pagar el exceso que percibieren, y otras. Estas prescripciones pueden aplicarse por analogía, en el foro nacional, fijándose la penalidad respectiva por los Jueces ó Tribunales, en cada causa, y según lo que dejamos expuesto en el parágrafo que antecede.

Art. 259 — El Alguacil á quien se le probase haberse negado á la práctica de una diligencia que se le encomienda, por no ofrecerle el abono en otra forma que la establecida en el artículo anterior, ó porque se trate de personas auxiliadas por pobres, será destituído inmediatamente del empleo y sin perjuicio de las demás responsabilidades prescritas en el Código Penal.

Conc.: art. 235 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 260—Igual pena sufrirá el que por descuido grave ó por malicia, diere lugar á que se haga frustránea la diligencia que se le encomiende, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere.

Conc.: art. 236 del Cód de P. Civil. de la Rep. O. del Uruguay.

La destitución de que tratan ambos artículos, para que sea *inmediata* debe ser decretada por el Juez de quien depende el Alguacil. Pero, se impone naturalmente á ese Juez la obligación de dar cuenta en seguida al Tribunal que nombró al Alguacil, del temperamento adoptado, así como de sus verdaderas causales, estándose á lo que ese Superior resuelva, previa audiencia del destituído. Si hubiera lugar al procesamiento para hacer efectivas las responsabilidades del Código Penal, se sacará testimonio de los antecedentes y se pasará al Juez de Instrucción á quien competa conocer.

Art. 261—Si el Juzgado no tuviere Alguacil titular, ó éste estuviese legalmente impedido, el Juez designará uno especial en cada caso.

Conc.: art. 237 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Los Alguaciles especiales, por el hecho de la aceptación del cargo contraen el compromiso solemne de cumplir fielmente sus obligaciones y se someten al rigor de las disposiciones penales y disciplinarias y demás de derecho, que pesan sobre los titulares en el ejercicio de sus funciones, con iguales prerrogativas.

Art. 262—Siempre que se practiquen nombramientos de Alguaciles, se comunicarán al Poder Ejecutivo, á los efectos del artículo 256.

Conc.: art. 238 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

Art. 263—Fuera de los casos expresados en los artículos precedentes, los Jueces y Tribunales de lo penal deberán corregir disciplinariamente á los Alguaciles, por toda omisión ó negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, con apercibimiento, multa hasta treinta pesos, suspensión hasta un mes y destitución.

Conc.: art. 239 del Cód. de P. Civil de la Rep. O. del Uruguay.

La comunicación al Ejecutivo, que el artículo 262 determina, tiene por objeto el dar á conocer el nombre del Alguacil, para que siendo conocido de cada una de las reparticiones de ese Poder, por comunicaciones que á su vez éste les hará, se le proporcione los auxilios de fuerza que solicitare por razón de su oficio legal.

Documentos oficiales

Proyecto de reformas del plan de estudios de la Facultad de Medicina

Facultad de Medicina.

Montevideo, Diciembre 7 de 1900.

Señor Rector de la Universidad, doctor don Pablo De-María.

En el desempeño de las funciones de Decano, obligado á ejercer la inspección de la enseñanza en la Facultad á mi cargo y á ponerme en contacto con los estudiantes de todos los años, examinando los expedientes de cada uno de ellos, he adquirido el convencimiento de que el Plan de Estudios vigente en la Facultad de Medicina adolece de tan graves defectos, que creo de mi deber pedir su reforma al Honorable Consejo Universitario.

Me propongo exponer brevemente á V. S. los inconvenientes del actual plan y las ideas que, en mi opinión, deben tenerse en cuenta para abordar su reforma, pidiéndole quiera elevar esta exposición al H. Consejo, á fin de que si encuentra en ella algún fundamento, proceda á su revisión en la forma que más adelante indicaré.

El Plan de estudios de nuestra Facultad tiene, á mi juicio, como primero y más fundamental inconveniente, el de equiparar á todos los estudiantes—buenos y malos, estudiosos y desaplicados — encerrando sus estudios en un molde único é inflexible y exigiéndoles cada año un determinado número de exámenes, lo cual los obliga á inútiles esfuerzos, en los que á veces se esterilizan los inteligentes y siguen adelante los menos preparados, aquellos á quienes no detiene el éxito más ó menos problemático de un examen.

Bastará para darse cuenta de la verdad de esta afirmación, observar que según el plan vigente todos los estudiantes están obligados á dar

examen de Patología general, Anatomía patológica, Patología médica, Terapeútica y Patología quirúrgica en 3.º y 4.º año; es decir, que en esos dos años tienen que dar examen de las materias que estudiarán durante toda su carrera y que sólo al final de ella podrán conocer satisfactoriamente.

Tiene además otros graves errores en la distribución y ordenación de las asignaturas.

Es ilógico exigir el estudio de la Semiología clínica antes de terminar el de la Anatomía y Fisiología, porque los estudiantes van á observar y estudiar alteraciones orgánicas y funcionales de algo cuya organización y funcionamiento normal no conocen todavía. Algo análogo podría decirse respecto al estudio de las clínicas especiales, hecho antes de haber terminado las generales.

De esta defectuosa distribución y de la excesiva duración que dentro del plan se ha querido dar á las clínicas Médica y Quirúrgica, resulta la aglomeración de tres ó cuatro clínicas en algunos años y las consiguientes dificultades para su regular y provechoso funcionamiento. Las clínicas deben ser diarias y es necesario que el estudiante no esté obligado á concurrir sino á una ó dos de ellas para que pueda dedicarles todo el mayor tiempo posible; de otra manera sucederá siempre lo que sucede hoy: el estudiante que se ve forzado no á seguir sino *á correr*, cuatro clínicas distintas cada mañana, no puede dedicar á ninguna de ellas el tiempo necesario para el examen de un solo enfermo y pierde casi siempre mediodía en el Hospital pasando de una Sala á otra para hacerse ver por el Bedel y escapar á la *falta de asistencia*.

Hoy que la Facultad de Medicina ha alcanzado su completo desarrollo, se impone — por las razones expuestas — la reforma de su Plan de estudios; pero la reforma que creo necesaria no se ha de limitar, como la mayoría de las anteriores. á cambiar simplemente el orden en que están distribuídas las distintas materias en los seis años de la carrera, debe ser más fundamental y abarcar también la forma en que se hacen los estudios y su reglamentación, sobre todo en lo que se refiere á exámenes.

Y como deseo que la reforma que preconizo no sea la expresión de mi criterio personal, sino que contemple los fines y necesidades de la enseñanza de las Ciencias Médicas entre nosotros, no propondré al H. Consejo un artículo sustitutivo del artículo 10 del Reglamento vigente; expondré mis ideas acerca de los puntos más importantes que debe abarcar la reforma — tal como yo la entiendo — para que, si el Consejo lo estima conveniente, sirvan de punto de partida al estudio que debe necesariamente preceder á la adopción de una reglamentación definitiva y estable, en la cual deben colaborar, además del H. Consejo, los profesores de la Facultad de Medicina.

En lo que se refiere al orden y distribución de las materias, no es mucho lo que habría que modificar en el Plan vigente, porque — como he dicho antes — no es ese su principal defecto.

El 1.º y 2.º año deben dedicarse al estudio de la Anatomía y Fisiología y de las llamadas ciencias auxiliares: Física, Química é Historia natural.

En el 3.er año se comenzaría el estudio de las patologías General y Especiales con la Anatomía patológica y se haría solamente la Clínica semiológica.

Los años 4.º y 5.º se dedicarían especialmente á las patologías Médica y Quirúrgica y á sus clínicas, y se cursarían en ellos la Terapeútica y la Medicina operatoria y en el 6.º año la Obstetricia y las clínicas Obstétrica y de Niños.

La Higiene y la Medicina legal podrían cursarse en cualquiera de los tres últimos años.

Las clínicas Oftalmológica, Ginecológica, de Oto-rino-laringología y la que convendría crear de Enfermedades mentales y de la piel y sifilíticas serían facultativas, y como tales se cursarían en el último año de estudios.

Este sería el plan que en mi opinión, debiera adoptarse; pero si la reforma que propongo se limitara á este cambio, dejando en pie la actual reglamentación, no haríamos sino repetir lo que ya se ha hecho otras veces sin obtener el resultado buscado, que es facilitar el estudio metódico de las patologías y de las clínicas, sin agobiar al estudiante obligándolo á preparar exámenes prematuros y dejándole cierta libertad para ordenar sus estudios, según sus aptitudes é inclinaciones y para la elección de la época de examen, de manera que pueda dedicar á aquellas materias, que son las fundamentales, todo el tiempo que necesite para dominarlas.

Sería necesario, por consiguiente, completar este Plan de estudios modificando la actual reglamentación, de acuerdo con las siguientes indicaciones.

Ningún estudiante podrá emprender estudios clínicos sin haber sido aprobado en Anatomía y Fisiología; antes de estudiar las modificaciones que la enfermedad produce en el organismo es necesario conocer ese organismo en su funcionamiento normal; el estudio del hombre sano debe preceder al del hombre enfermo.

El derecho de obtener matrícula condicional, que la ley acuerda, sólo podría ejercerse en los casos en que la asignatura atrasada fuera una de las auxiliares.

Las patologías Médica y Quirúrgica se cursarán en 3.º y 4.º año, pero los estudiantes no estarán obligados á rendir examen de ellas en esos años, podrán hacerlo en cualquiera de los siguientes á condición de examinarse de la patología antes que de la clínica raspectiva.

La Terapeútica y la Medicina operatoria se cursarán en 4.º y 5.º año, pero el estudiante podrá prestar examen de ellas en esos años ó en el siguiente al mismo tiempo que de las clínicas.

Ningún estudiante podrá matricularse en Clínica médica ó quirúrgica si no ha sido aprobado en Patología general y Semiología clínica. Podrán, en consecuencia, dedicarse dos años á cada una de las clínicas generales, pudiendo examinarse de ellas en el último año de la carrera.

A las clínicas Obstétrica y de Niños se dedicará un semestre en el último año, y en éste será también obligatoria una clínica especial á elección del estudiante.

Estas reformas permitirían fácilmente organizar, de acuerdo con la Comisión Nacional de Caridad, los concursos para externos é internos del Hospital, suprimiendo los actuales alumnos internos.

Tal es, en sus líneas generales, el plan de reformas que propongo. Si V. S resuelve elevarlo á la consideración del H. Consejo y éste cree que vale la pena de ocuparse de él, pediría fuera pasado á estudio de una Comisión especial, facultándola para reunir á los profesores de la Facultad y después de oir sus opiniones, dictaminar sobre este asunto, presentando al H. Consejo un Proyecto de reformas al Plan de Estudios de la Facultad de Medicina, si cree que hay lugar á ello.

La supresión del Catedrático de Anatomía y Fisiología Tocológicas y la reciente creación de la Clínica Odontológica, obligan á modificar también los planes de estudios de parteras y dentistas. Sobre el primero de ellos me permito llamar la atención de V. S. y del H. Consejo sobre el contenido de la nota del doctor Turenne y que acompaño, con cuyas conclusiones estoy completamente de acuerdo.

A su tiempo expondré verbalmente al H. Consejo las razones que tengo para opinar que deben introducirse también algunas modificaciones al plan de estudios de Farmacia.

Saluda á V. S. atentamente.

J. Scoseria.

Montevideo, Diciembre 12 de 1900.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior en sesión de esta fecha sancionó la siguiente resolución: Pase á estudio de una Comi-

sión compuesta de los señores Vocales doctores Américo Ricaldoni y Gerardo Arrizabalaga, la cual queda facultada para oir en la forma que estime conveniente el dictamen de los señores profesores de la Facultad de Medicina.

DE-MARÍA.

Enrique Azarola,
Secretario.

Señor Rector:

Nombrados en Comisión por el H. Consejo, para proyectar una nueva reglamentación de los estudios en la Facultad de Medicina, tenemos el honor de elevar á V. S. nuestro informe, acompañado de un proyecto de Reglamentación, que corrige á nuestro modo de ver, la mayor parte de los defectos existentes actualmente.

La base de nuestro proyecto está representada por las ideas emitidas tan claramente por el señor Decano de la Facultad de Medicina, en su informe de fecha 7 de Diciembre; tenemos también la satisfacción de declarar que la casi totalidad de los profesores de la Facultad, cuya opinión hemos requerido, comparte nuestro modo de pensar y considera conveniente la implantación de las reformas que aconsejamos; esta circunstancia fortifica nuestra convicción, pues al prohijar este proyecto, no son sólo nuestras ideas que defendemos sino las de la casi totalidad de nuestros colegas de la Facultad de Medicina. Nadie está en mejores condiciones que ellos, para apreciar debidamente las ventajas é inconvenientes de cualquier reforma á introducirse en el plan de estudios; su aprobación nos ha sido por lo tanto muy lisonjera y esperamos que el H. Consejo la tendrá en cuenta, al tomar resolución en este asunto.

El proyecto cuya sanción aconsejamos es el siguiente:

ARTÍCULO 1.º

El curso de Medicina y Cirugía para optar al título de doctor, durará seis años y comprenderá las materias que á continuación se expresan:

1.er Año: Física Médica, Química Médica, Historia Natural Médica —Anatomía

2.º Año: Anatomía é Histología—Fisiología.

3.er Año: Patología General, Anatomía Patológica—Patologías Médica y Quirúrgica—Clínica Semiológica (Médica y Quirúrgica).

4.º Año: Patologías Médica y Quirúrgica—Terapéutica—Clínica Médica y Quirúrgica.

5.º Año: Anatomía Topográfica y Operaciones—Obstetricia y Ginecología—Clínicas Médica y Quirúrgica.

6.º Año: Higiene, Medicina Legal—Clínica Obstétrica—Clínica de Niños (4 meses cada una)

Para los fines de la enseñanza, las Clínicas Ginecológica y Oto-rino-laringológica serán consideradas complementarias de la Clínica Quirúrgica; la Clínica Oftalmológica y la Dermo-sifilopática (aún no creada) de la Clínica Médica.

Inciso 1.º Para poder inscribirse en las asignaturas de un año, el estudiante deberá haber ganado todos los cursos del año anterior.

Inciso 2.º La inscripción para los cursos del tercer año requerirá además, que el estudiante haya rendido con aprobación todos los exámenes del primer grupo, establecido en el artículo 2.º. Se concederá sin embargo, matrícula condicional á los estudiantes que no hayan rendido examen ó que habiéndolo rendido hayan sido rechazados en las materias accesorias de ese primer grupo, entendiéndose por tales, las de Física, Química é Historia Natural Médicas. Para que dicha matrícula condicional sea definitiva, es necesario que el estudiante rinda examen con aprobación, de todas las materias que le faltaban en el siguiente período de Mayo; en caso contrario queda anulada.

ARTÍCULO 2.º

Las materias que abraza el curso de Medicina y Cirugía se hallan divididas, bajo el punto de vista de los exámenes, en los cinco siguientes grupos:

1.er Grupo: Anatomía é Histología—Fisiología—Física Médica—Química Médica—Historia Natural Médica.

2.º Grupo: Patología General—Semiología Clínica—Anatomía Patológica.

3.er Grupo: Patología Médica—Patología Quirúrgica—Terapéutica.

4.º Grupo: Anatomía Topográfica y Operaciones—Obstetricia y Ginecología.

5.º Grupo: Clínica Médica—Clínica Quirúrgica—Clínica Obstétrica—Clínica de Niños.

La Higiene y la Medicina Legal podrán ser rendidas facultativamente con las asignaturas del 4.º ó del 5.º grupo.

Examen General—Examen de Tesis.

Inciso 1.º Los exámenes tendrán lugar en dos períodos: uno del 10 de Noviembre al 15 de Diciembre; el otro del 1.º de Mayo al 31 del mismo mes.

Los exámenes generales y los de tesis tendrán lugar en cualquier tiempo á elección del candidato.

Inciso 2.º Para el examen de las materias comprendidas en cada grupo los estudiantes podrán seguir el orden que más les convenga

Inciso 3.º No se podrá rendir examen de ninguna de las asignaturas de un grupo, sin haber aprobado en uno ó más períodos de exámenes anteriores, todas las materias del grupo precedente.

Inciso 4.º El examen de cada asignatura se rendirá en un solo acto. Cuando ella abrace dos ó más años de estudio la duración máxima de dicho examen será de media hora, debiendo el alumno abonar los derechos de examen correspondientes á cada curso.

Los artículos 10, 59, 60, 63, 70, 104 y la ampliación del artículo 51, resuelta por el H. Consejo en 10 de Septiembre de 1896 del Reglamento actual, quedarían modificados ó derogados en lo relativo á la Facultad de Medicina, si este proyecto de reformas fuese aprobado.

Entremos ahora á su estudio. Salta inmediatamente á la vista la modificación capital que deseamos introducir: es el establecimiento de una *independencia relativa entre los cursos de estudios y los exámenes*, independencia cuya necesidad se hace sentir de una manera urgente, por las razones que vamos á exponer. Actualmente el estudiante está obligado á rendir á fin de año examen de todas las materias que ha cursado en ese año; en caso de reprobación ó desistimiento de su parte, puede completar los exámenes rendidos en Noviembre, en los períodos complementarios de Mayo y Noviembre, inscribiéndose condicionalmente en los cursos del año siguiente; si llegado el mes de Noviembre, el estudiante no ha rendido examen con aprobación de todas las materias que le faltaban, sus matrículas condicionales quedan sin valor y *ha perdido un año*. ¿Qué importancia exacta tiene en el régimen de estudios actual esa frase, *perder un año,* que aparece tan frecuentemente en las conversaciones de estudiantes? Si indicara simplemente demora de un año en la conclusión de la carrera, no le atribuirían los alumnos tanta importancia, pues la mayor parte de ellos está en condiciones de poder, sin grandes sacrificios, retardar de ese tiempo la terminación de sus estudios; no, es que para la mayoría de los estudiantes, el perder un año sin causa justificada, indica deficiencia de inteligencia ó de laboriosidad y coloca al estudiante en condiciones de inferioridad con relación á sus compañeros; y no se diga, que piensan así por estrechez de criterio; no, esa concepción errónea é injusta es el resultado del régimen monacal á que están sometidos en la disposición de sus estudios, obligados á seguir todos el mismo surco, á recorrerlo en el mismo tiempo, no pudiendo hacerlo en menos porque con toda justicia se lo prohibe la ley, ni en más porque con toda injusticia se lo prohibe la censura de sus padres, la de sus condiscípulos y hasta á veces la de sus maestros.

La pérdida de un año ó el temor de perderlo tiene aún otro inconveniente más grave para el estudiante, y es el de que concreta sus es-

fuerzos al estudio de las cuestiones sobre que ha de versar su examen, descuidando sistemáticamente la enseñanza práctica, cuyo examen debe rendirse años despué,s al finalizar la carrera y que representa sin embargo la parte esencial de los conocimientos que debe aplicar diariamente el médico en la cabecera del enfermo; así, vemos á los estudiantes desertar las clínicas en los meses de Noviembre y Mayo, á pretexto de que no les alcanza el tiempo para preparar los exámenes teóricos que deben rendir, lo que equivale á decir, que necesitan todas las horas del día y de la noche para leer y releer los manuales que les permitan adquirir esa erudición de superficie que ellos juzgan útil para los exámenes; fatigan así su organismo con un trabajo excesivo, para recoger conocimientos que se borrarán de su memoria con la misma rapidez con que penetraron.

Estas razones nos guiaron desde el principio para admitir la necesidad de hacer desaparecer esa sanción anual, representada por los exámenes de fin de curso, que si puede tener ventajas en otras secciones de nuestra Universidad, no tiene sino inconvenientes en lo relativo á la Facultad de Medicina, y es basado en ellas, que en este proyecto presentamos dos planes: uno de estudios, el otro de exámenes, que marchan paralelamente, dejando sin embargo al estudiante una libertad suficiente.

En efecto, los cursos se ganarán como hasta ahora por simple asistencia y por la ejecución de los trabajos prácticos exigidos por el Reglamento; no se podrá rendir ningún examen sin antes haber ganado el curso correspondiente, pero, y aquí reside la modificación fundamental, el estudiante no estará obligado á rendir anualmente examen de los cursos ganados durante el año, pudiendo inscribirse en los cursos del año siguiente, aún cuando no haya rendido ningún examen, siempre que no haya perdido algún curso del año anterior, por falta de asistencia ú otra causa. Los exámenes tendrán lugar en dos períodos anuales independientes, sin que uno sea complementario del otro; el estudiante podrá, pues, rendir indiferentemente en uno ú otro período ó en ambos, el examen de las materias que haya cursado, debiendo sin embargo, establecerse que el examen será siempre completo, es decir, comprenderá en un solo acto todos los cursos que la materia abrace.

¿Cuáles son las ventajas de esta innovación?

1.° Permite al estudiante rendir examen completo de cada asignatura, evitando de ese modo la preparación de *exámenes por año,* verdadero contrasentido en las ciencias médicas, en las que las relaciones estrechas que afectan entre sí las diversas partes de cada materia, hacen imposible el conocimiento exacto de una de ellas aisladamente de las demás. En nuestra condición de examinadores en la Facultad de Medicina, hemos tenido ocasión de hacer notar más de una vez, la exactitud de esta consideración.

2.º Permite al estudiante rendir examen de cada materia en el momento en que se considere suficientemente preparado, sin que esta demora en la rendición de sus exámenes, le ocasione pérdida reglamentaria de años de estudio; evita así en gran parte el *surmenaje* de los quince días que preceden al examen y sobre todo permitiendo al alumno rendir examen en época más avanzada de sus estudios lo pone en condiciones de apreciar mejor las ventajas de la enseñanza práctica y la necesidad de la asistencia asidua y eficaz á los laboratorios y clínicas, no sólo bajo el punto de vista del ejercicio de la profesión, sino también bajo el punto de vista de los exámenes. Convencidos como estamos de que la enseñanza práctica es la base de la enseñanza médica, creemos que un plan de estudios que tenga la ventaja de convencer al estudiante de la importancia de esos ejercicios prácticos, merece por ese solo hecho la simpatía del Honorable Consejo.

¿Qué puede objetarse á este plan presentado así en forma de idea general? Puede decirse, que permitiendo á los estudiantes ganar cursos sin rendir exámenes, los incita á estudiar menos; que haciendo desaparecer el control anual de los exámenes, que es al mismo tiempo un excitante para el trabajo, los inclinará á descuidar sus estudios. Esta objeción tiene á nuestro modo de ver valor, para los malos estudiantes, pero no para los buenos; hay que recordar que la mayoría de los alumnos de la Facultad de Medicina tienen edad y reflexión suficiente para comprender su conveniencia, y que es por lo tanto poco probable se dejen arrastrar por esa aparente incitación al descuido de sus tareas. Los que lo hicieren tendrán por otra parte su castigo, en el mal resultado de sus exámenes, que serán naturalmente más severos que en la actualidad, porque serán exámenes completos de cada materia y porque el estudiante no deberá presentarse á ellos sino cuando se encuentre suficientemente preparado.

La Universidad queda, pues, tan relativamente garantida como ahora, de que los malos estudiantes no llegarán al término de su carrera; en cambio, este plan acuerda grandes ventajas á los buenos, permitiéndoles cierta libertad en la orientación de sus estudios, según las aptitudes y las tendencias de cada uno, libertad que ellos reclaman con insistencia y á nuestro modo de ver con bastante fundamento.

Se puede decir también en contra de este proyecto, que se oponen á él varias disposiciones reglamentarias y un artículo de la ley; de las primeras, nada diremos, pues podrían ser modificadas en lo relativo á la Facultad de Medicina por resolución del Honorable Consejo, con aprobación del Poder Ejecutivo.

El artículo de la Ley á que nos referimos es el artículo 13 de la ley de 25 de Enero de 1888, que dice lo siguiente: « los períodos de estudios de la Facultad de Medicina y Cirugía, no deberán exceder de

seis, guardándose la misma división de un año entre el examen de uno á otro período ». Ciñéndose estrictamente á la letra de esta disposición legal, no puede aprobarse el proyecto que presentamos; si se entra sin embargo á estudiar su espíritu, se comprende sin embargo fácilmente que la intención del legislador ha sido la de evitar que los estudios médicos pudieran hacerse en menos de seis años; este deseo está perfectamente respetado en nuestro proyecto. Si el Honorable Consejo juzgara, á pesar de esto, que con la aprobación de nuestro plan, se violaría esta disposición legal, podría resolver que se solicitara de la autoridad correspondiente su derogación ó su modificación.

Entrando ahora á considerar en detalle el proyecto que presentamos, establecemos en su artículo 1.º la ordenación de los estudios, bajo la base de que éstos han de tener una duración de seis años. Llamará tal vez la atención que nos apartemos de la práctica seguida hasta ahora, de enumerar los trabajos prácticos correspondientes á cada año; esto es debido á que esa enumeración nos ha parecido superflua, desde el momento que bajo el punto de vista reglamentario dichos ejercicios prácticos no son sino una dependencia de los cursos que el estudiante debe cumplir satisfactoriamente.

En los dos primeros años, colocamos todas las materias anexas y preparatorias, considerando que es necesario que el alumno posea esos conocimientos para poder abordar con resultado el estudio de las ciencias médicas propiamente dichas; desviándonos, pues, de nuestro criterio general en lo relativo á libertad de fechas de examen, hemos creído conveniente exigir el examen de estas materias preparatorias antes de ingresar al tercer año. Es este el único examen con fecha fija en nuestro plan de estudios; es por lo tanto también el único en que tiene aplicación la disposición legal vigente respecto á matrículas condicionales; la hemos respetado, aunque limitándola, estableciendo que sólo será aplicable á los estudiantes que hayan dejado de rendir examen ó hayan sido reprobados en las materias accesorias de ese grupo, entendiendo por tales las de Física, Química é Historia Natural Médica; queremos con eso indicar, que nadie puede ingresar al tercer año sin haber antes demostrado suficiencia en Anatomía, Histología y Fisiología, base y fundamento de todas las ciencias médicas.

El tercer año comprende la Patología General, la Anatomía Patológica (con el curso de autopsias), las Patologías Médica y Quirúrgica y la Clínica Semiológica (Médica y Quirúrgica). Este agregado al programa actual que dice solamente Clínica Semiológica, tiene por objeto permitir alguna libertad en la reglamentación de la asistencia á la Clínica en este tercer año; habría tal vez ventaja en dividir á los estu-

diantes de ese año en dos ó más grupos que asistieran á diferentes clínicas, pues son ya demasiado numerosos para poder asistir todos á una sola y trabajar en ella con resultado.

El cuarto año abraza las Patologías Médica y Quirúrgica. Las razones que hacen que aconsejemos la asistencia á dos clínicas por mañana en lugar de tres como sucede actualmente, se hallan perfectamente expuestas en el informe del señor Decano, y creemos inútil insistir.

El quinto año comprende la Anatomía Topográfica y Operaciones, la Obstetricia y Ginecología y las Clínicas Médica y Quirúrgica. El estudiante que ya ha cursado las Patologías General Interna y Externa se encuentra en condiciones de abordar el estudio de las operaciones y de la Obstetricia y Ginecología, ciencias más especiales.

En el sexto año se cursarán Higiene (comprendiendo la Bacteriología) Medicina Legal y se asistirá medio año escolar á cada una de las clínicas Obstétrica y de Niños; la importancia de estas dos clínicas especiales nos parece indiscutible, sobre todo para los médicos salidos de nuestra Facultad, que van en su mayoría á ejercer en campaña, donde á menudo se ven privados de los consejos y del auxilio de los especialistas, y que deben por lo tanto hallarse en condiciones de afrontar con éxito todos los problemas de la práctica corriente, entre los que figuran en primer lugar, por su frecuencia, los relacionados con esas dos especialidades.

Para las otras clínicas especiales, hemos establecido que su estudio será considerado como complementario del de las Clínicas Médica y Quirúrgica; queremos con esto indicar que su estudio es obligatorio y que el examen de cada clínica general comprenderá también el de las especiales que le están anexadas.

Parecerá á primera vista que este plan adolece del defecto de limitar el estudio de las Clínicas Generales, pues le dedica solamente dos años; esta impresión desaparece pronto, si se tiene en cuenta: 1.° Que los estudiantes de tercer año asisten á la Clínica Semiológica que no es sino una modalidad de las Clínicas Generales: 2.° que en 5.° y 6.° año no tienen los estudiantes más que dos clases teóricas y que pueden por consiguiente disponer de tiempo suficiente para dedicarse á estudiar Clínicas; en realidad, pues, si bien no hay más que dos años de asistencia *obligatoria* á las Clínicas Generales, puede el estudiante concurrir cuatro años consecutivos á dichas Clínicas, teniendo además la ventaja de poder en el 5.° y 6.° año, dedicarse con preferencia á aquellos estudios que juzgue más útiles y que variarán según sus inclinaciones médicas ó quirúrgicas y según las condiciones en que ejercerá más tarde su profesión.

Lo dispuesto en el inciso 1.° de este primer artículo, no tiene necesidad de ser explicado, pues es lo mismo que disponen los reglamentos actuales; en cuanto á lo exigido en el inciso 2.° ya ha sido explicado anteriormente.

En el artículo 2.º de nuestro proyecto, establecemos el número de exámenes y su ordenación en cinco grupos: esta división tiene por objeto, obligar al estudiante á seguir un orden racional en la rendición de sus exámenes, sin quitarle sin embargo toda libertad, puesto que queda facultado para ordenar dentro de cada grupo, el examen de las materias comprendidas en él, en la forma que más le convenga. No podrán los estudiantes rendir examen de ninguna materia comprendida en un grupo, sin antes haber aprobado todos los del grupo anterior; en cambio, y esto es una ventaja que apreciarán los alumnos, los exámenes podrán ser rendidos indiferentemente en Mayo ó Noviembre, sin que un período sea complementario del otro. Esta comodidad no existe sin embargo, como lo hemos dicho anteriormente para el primer grupo de exámenes, que comprendiendo solamente materias preparatorias, deberá quedar terminado al finalizar el 2.º año; en compensación gozarán los estudiantes para este primer grupo, de las ventajas de la matrícula condicional, siempre que el examen ó los exámenes que hayan dejado de rendir correspondan á las materias que hemos llamado accesorias; en los demás grupos de exámenes, la matrícula condicional no tiene razón de ser, pues el estudiante rinde examen en el momento que le agrada sin que la reprobación ó la no rendición de examen le acarree pérdida reglamentaria de años de estudio.

Hemos agregado dos materias en la lista de exámenes: una es la Semiología Clínica, la otra la Clínica de niños; el examen de estas asignaturas se rendía hasta ahora incluído en el de otras Clínicas; nos ha parecido conveniente aislarlas y darles vida propia por tratarse de materias importantes y porque son objeto de cursos especiales obligatorios.

Establecemos que los exámenes de Higiene y Medicina Legal podrán ser rendidos á elección del alumno con las asignaturas del 4.º ó del 5.º grupo; esta medida tiene por objeto, facilitar al estudiante la ordenación de sus exámenes en el último año de su carrera y permitirle aligerarse de materias de menor importancia como son éstas, para dedicar mayor tiempo al estudio de las Clínicas.

Hubiéramos deseado suprimir el examen general, que no tendría razón de ser, una vez establecido este plan, pero á ello se opone el artículo 16 de la ley de 25 de Noviembre de 1889; el H. Consejo resolverá á este respecto lo que estime más conveniente.

El inciso 4.º del artículo 2.º no tiene necesidad de ser explicado; su objeto es evidente y su utilidad indiscutible.

Antes de terminar, queremos hacer resaltar las ventajas que reporta á los estudiantes esta libertad relativa en la ordenación de sus exámenes y en la elección de la fecha de su rendición; bajo este punto de vista, deben ser divididos los alumnos en dos grupos: 1.º estudiantes que necesitan por cualquier razón concluir su carrera en el período

reglamentario de seis años; 2.º estudiantes que desean y pueden prolongar sus estudios uno ó más años.

Los primeros benefician de una ordenación mejor en sus exámenes, de la comodidad de rendirlos cuando se encuentren suficientemente preparados, y del mayor tiempo de que disponen en sus dos últimos años para dedicarse á las clínicas, que representan para ellos la instrucción indispensable, pues la mayoría de los estudiantes de esta categoría entrará de inmediato al ejercicio de su profesión.

Los segundos, que hasta ahora habían sido sacrificados, pues se veían obligados á seguir á sus compañeros, en la carrera desenfrenada de los exámenes de fin de año, son los verdaderamente favorecidos por esta reforma; podrán dedicarse con mayor tranquilidad á sus estudios, podrán destinar más tiempo á los ejercicios prácticos, á los trabajos clínicos, á las investigaciones de laboratorio, sin por eso perder años bajo el punto de vista reglamentario y ganándolos al contrario, bajo el punto de vista de los conocimientos adquiridos; podrán rendir examen de las materias cursadas en 3.º ó 4.º año, después de haber estudiado en 5.º y 6.º asignaturas que completan y mejoran los conocimientos adquiridos antes, y podrán, en fin, dedicar el tiempo necesario á la preparación de trabajos originales y de tesis de doctorado, dignas de ese nombre. Ahora bien, sin desconocer el deber público que tiene la Facultad de evitar que los estudiantes de la 1.ª categoría, se lancen al ejercicio de su profesión careciendo de los conocimientos necesarios para el buen desempeño de sus funciones, creemos que la Facultad tiene sobre todo interés en favorecer los esfuerzos y las iniciativas de los de la 2.ª categoría, pues son ellos los que dan brillo á su nombre y los que con sus trabajos de investigación en cualquiera de las ramas de la Medicina pueden hacerla figurar honrosamente en las luchas científicas.

¿Tenemos, por esto, la pretensión de haber hecho una obra perfecta? En manera alguna; sabemos que este proyecto deberá ser completado con una reglamentación severa, estableciendo la forma de asistencia á cursos, trabajos prácticos, etc.; creemos que la incorporación á este plan de los estudiantes que actualmente cursan en la Facultad no se hará sin dificultades; tememos, en fin, que á pesar de nuestra buena voluntad, adolezca esta reforma de defectos que la práctica pondrá en evidencia. Creemos, sin embargo, que ella representa un progreso sobre el estado actual, y es en esta convicción que la sometemos á la consideración del H. Consejo.

Para poner término á nuestro cometido sólo nos resta agregar que estamos de completo acuerdo con las modificaciones que el doctor Turenne propone introducir en la reglamentación de los estudios de partera; esas modificaciones que han merecido ya la aprobación del señor

Decano, darán como resultado una organización mejor de esos estudios, por lo que aconsejamos su sanción al H. Consejo.

Saludamos al señor Rector muy atentamente.

G. Arrizabalaga—A. Ricaldoni.

Montevideo, 18 de Mayo de 1901.

Montevideo, Mayo 24 de 1901.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior en sesión de esta fecha sancionó la siguiente resolución:

Pásese á dictamen del señor Vocal del Consejo, doctor don Alfredo Vásquez Acevedo para que se sirva informar sobre el alcance del artículo 13 de la ley de 25 de Enero de 1888 en lo que se relaciona con el nuevo régimen de cursos y prestación de exámenes que propone la Comisión.

Por ausencia del señor Rector,

Carlos M. de Pena,
Decano.
Enrique Azarola,
Secretario.

Señor Rector:

La ley de 25 de Enero de 1888 no fué provocada ni siquiera inspirada por la Universidad. Al contrario ella nació de un movimiento reaccionario contra las ideas dominantes en la institución, en aquella época, según se descubre fácilmente comparando sus principales disposiciones con las de la ley de 14 de Julio de 1885, proyectada, como es notorio, por el Rector de la Universidad.

No tengo por esa razón completa seguridad sobre el alcance de todas las prescripciones de la enunciada ley de 1888.

Creo, sin embargo, poder satisfacer el deseo del Consejo, en lo que se refiere al artículo 13, por los antecedentes que paso á exponer.

El Reglamento de Estudios Libres de Abril de 1877, *estableció dos grupos de exámenes para optar al diploma de Doctor en la Facultad de Derecho, autorizando á los estudiantes para probar su suficiencia en cualquiera de los semestres en que la Universidad tenía exámenes;* esto es en Julio ó en Enero, de manera que un alumno que tuviera el título de Bachiller podía en el transcurso de un año rendir sus pruebas y obtener el grado de Doctor en jurisprudencia.

A consecuencia de los abusos que de esto resultaron, el Proyecto de Reglamento de Estudios Libres que fué elevado al Gobierno en 1881, amplió á cuatro los grupos de las asignaturas de Derecho y de Medicina, previniendo que «*entre los exámenes de las asignaturas de uno y otro grupo debería transcurrir por lo menos un año, sin que en ningún caso ni por ninguna causa se pudiera acortar el intervalo*». (Artículo 17).

El Proyecto de Reglamento á que aludo, destinado á remediar muchas incorrecciones, nunca fué sancionado; pero bajo el rectorado del doctor don José Pedro Ramírez, el Gobierno aprobó otro Reglamento (Junio de 1883), inspirado en los mismos propósitos, en el cual se consignaron las siguientes disposiciones:

«Artículo 22.--Las materias que constituyen la Facultad de Medicina se dividirán para los alumnos libres en cinco períodos, *debiendo mediar el intervalo de un año para el examen de uno á otro período.*»

«Art. 26 – Las materias correspondientes á la Facultad de Derecho, se dividirán para los alumnos libres en cinco períodos, *debiendo mediar el intervalo de un año entre el examen de uno y otro período*».

Es más ó menos el tenor del artículo 13 de la Ley de Enero de 1888.

Tengo la seguridad de que estas disposiciones respondieron únicamente al propósito de impedir que los estudiantes de Medicina y de Derecho se prepararan solos y con precipitación, como habían empezado á hacerlo, aprovechándose del absurdo decreto de 1877, con daño evidente para sí mismos, para la sociedad que estaban destinados á servir y con mengua de la seriedad y buen nombre de la Universidad.

La ley de 14 de Julio de 1885 creyendo todavía que el mal no había sido bien corregido, suprimió de una manera absoluta los exámenes libres de estudios superiores (artículo 13), haciendo obligatorio cursar éstos en las Universidades Oficiales, con estricta sujeción á sus Reglamentos, para optar á los títulos de Doctor en Derecho y Medicina

La reacción, sin embargo, no tardó en hacerse sentir. Algunos estudiantes ocurrieron á las Cámaras y consiguieron que se dictara la ley de Enero de 1888, que restableció la llamada libertad de estudios de una manera amplia, á pesar de las reflexiones que en contra de ella había formulado el Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior en su memoria de 1886.

Restablecida la libertad de estudios superiores había necesidad de buscarle un contrapeso para prevenir abusos, y ese contrapeso se halló en la adopción de las disposiciones del Reglamento de 1883, que acabo de transcribir.

Tal es á mi juicio el origen del artículo 13 de la Ley de Enero de 1888.

Ahora bien, yo considero que las disposiciones de este artículo, en lo relativo á la Facultad de Derecho donde aún existen exámenes li-

bres, son de rigurosa aplicación en todas sus partes; pero abrigo distinta opinión en lo que toca á la Facultad de Medicina, á pesar de los términos generales en que ellas están concebidas.

Demostrado como queda por los antecedentes expuestos que las mencionadas disposiciones fueron motivadas por el régimen de libertad absoluta de estudios adoptado por la ley de Enero de 1888, puede en mi concepto admitirse razonablemente su inaplicabilidad á la Facultad de Medicina, desde que en ésta se hallan completamente suprimidos los estudios libres, en virtud de la terminante prescripción del artículo 1.º de la Ley de Noviembre de 1889.

Me parece por esta razón que el artículo 13 de la citada ley de 1888 no debe ser un obstáculo para la adopción del nuevo plan de estudios médicos propuesto por el señor Decano, y desenvuelto por los doctores Arrizabalaga y Ricaldoni.

Agradeciendo muy profundamente la honrosa distinción que me ha dispensado el Consejo, me es grato reiterar á sus miembros y al señor Rector las seguridades de mi consideración y estima.

Montevideo, Junio 4 de 1901.

Alfredo Vásquez Acevedo.

Montevideo, Junio 4 de 1901.

Elévese al Consejo.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola.

Montevideo, Junio 7 de 1901.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, en sesión de esta fecha, sancionó la siguiente resolución:

Apruébanse las conclusiones del presente dictamen. Imprímanse y repártanse todos los antecedentes de este asunto para resolver después el Consejo lo que corresponda.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola.

Secretaría de la Universidad.

AVISO OFICIAL

Llámase á concurso para la redacción de un texto de Metafísica, destinado á los estudiantes del Aula de Filosofía, con arreglo á las bases sancionadas por el Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, en 1.º de Agosto de 1896, que se hallan á disposición de las personas interesadas en conocerlas en esta Secretaría.

El respectivo original podrá presentarse hasta el 24 de Diciembre inclusive del corriente año.

Montevideo, Junio 24 de 1901.

El Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

Por disposición del Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior el artículo 3.º del Reglamento sobre percepción y administración de rentas universitarias ha sido modificado, quedando sancionado en la forma siguiente:

Artículo 3.º Los derechos de Matrículas y de exámenes se percibirán por boletos dobles: uno destinado á la solicitud del interesado y otro al recibo correspondiente. De la solicitud guardará copia la Tesorería de la Universidad en libretas apropiadas para el caso. Los derechos de títulos y de reválidas se percibirán por medio de recibos talonarios. Tanto estos recibos como los de derechos de matrículas y exámenes serán numerados, sellados y firmados con la expresión de la fecha respectiva, por el Tesorero de la Universidad.

Montevideo, Abril 22 de 1901.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior ha sancionado la siguiente resolución:

Al estudiante que se matricula con multa ó que se inscribe también con multa para dar examen, debe devolvérsele todo lo que ha pagado, incluso la multa, cuando no se le acuerde la matrícula ó no se le permite rendir el examen.

Montevideo, Junio 25 de 1901.

Azarola,
Secretario General.